

Universidad Rey Juan Carlos I

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

**“EL PRESUPUESTO OBJETIVO DEL CONCURSO DE
ACREEDORES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y SU
INFLUENCIA EN LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN
GUATEMALTECA”**

Roberto Girón Sobalvarro

TESIS DOCTORAL

DIRECTOR DE LA TESIS

DON FERNANDO SACRISTÁN BERGIA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO MERCANTIL

UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS I

En la Ciudad de Madrid, 2015.



Universidad
Rey Juan Carlos

Facultad de C.C. Jurídicas y Sociales
Campus de Vicálvaro

FERNANDO SACRISTAN BERGIA, Prof. Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Rey Juan Carlos, como Director de la tesis doctoral de D. Roberto Girón Sobalvarro, sobre “El presupuesto objetivo del concurso de acreedores en la legislación española y su influencia en la reforma de la legislación guatemalteca”

INFORMO:

Que dicho trabajo de investigación se encuentra en plena disposición para ser defendido en acto público, autorizando por ello a su presentación ante la Comisión de Doctorado con el fin de optar al Grado de Doctor.

Y para que así conste a los efectos oportunos, firmo este informe en Madrid a 23 de septiembre de 2015.

Fdo. Fernando Sacristán Bergia

A mis padres Yolanda y Gerardo

A mi esposo José Antonio

A mis hermanos Mayra, Marisol y Gerardo

A mis sobrinos Titi, Tere, Isabella, Checho,

Mau, Fati, Alejandro y Amanda

A mis suegros Maribel y José

A mis amigos

Muchas gracias por su amor, apoyo e incondicionalidad

NOTA:

Este trabajo de tesis ha sido posible gracias al apoyo y financiación de la Agencia Española de Cooperación para el Desarrollo del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Reino de España (AECID), un especial reconocimiento.

**“EL PRESUPUESTO OBJETIVO DEL CONCURSO DE ACREEDORES EN
LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y SU INFLUENCIA EN LA REFORMA DE LA
LEGISLACIÓN GUATEMALTECA”**

Índice	Página
Abreviaturas.....	1
Introducción.....	5

Capítulo I

Antecedentes históricos del derecho concursal.

1.1. Consideraciones previas.....	13
1.2. Derecho Romano.....	15
1.3. La Edad Media.....	22
1.3.1. Antecedentes histórico-políticos.....	22
1.3.2. Los institutos concursales en la Edad Media. El surgimiento de la quiebra.....	24
1.3.2.1. Siglos XIII al XV.....	24
1.3.2.2. El derecho concursal en España durante los siglos XIII al XV.....	27
1.3.3. Siglos XVI al XVIII.....	30
1.3.3.1 De los Consulados en España.....	36
1.3.3.1.1. De las Ordenanzas de Bilbao de 1.737.....	36
1.3.3.1.2. De las Ordenanzas de Málaga de 1.825.....	40
1.3.4. Las codificaciones y las leyes especiales del siglo XIX.....	43

Capítulo II

La codificación española y su consecuente reforma en materia concursal.

2.1. Primeros antecedentes.....	49
2.1.1. El Código de Comercio Español de 1.829.....	49
2.1.2. El Código de Comercio de 1.885, y sus modificaciones posteriores.	52
2.2. Antecedentes de la actual reforma concursal española.....	56
2.2.1. El Anteproyecto de la Ley Concursal de 1.959.....	58
2.2.2. El Anteproyecto de la Ley Concursal de 1.983.....	60
2.2.3. La propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995...	63
2.3. La Ley Concursal de 2003.	97
2.3.1. Principios de política jurídica informadores de la reforma concursal.....	69
2.3.1.1. Principio de unidad legal.....	70
2.3.1.2. Principio de unidad de sistema o de procedimiento.....	72
2.3.1.3. Principio de unidad de disciplina o subjetiva.....	75
2.3.2. Intereses tutelados y característicos del proceso concursal español.....	78
2.3.2.1. La satisfacción de los acreedores en el marco de la continuación de la actividad y la conservación de la empresa.	78
2.3.2.2. La <i>par conditio creditorum</i> y la reducción de privilegios	80
2.3.2.3. Principios de celeridad y flexibilidad.	83

Capítulo III

Los presupuestos de apertura del concurso de acreedores en la Ley Concursal Española

3.1. Los Presupuestos materiales y procesales del concurso de acreedores.....	91
3.1.1. Presupuesto material de pluralidad inicial de acreedores...	94
3.1.2. Suficiencia de la masa como presupuesto de la declaración de concurso.	103
3.2. El presupuesto subjetivo.....	110
3.2.1. Deudor persona natural.....	114
3.2.2. El Concurso de las personas jurídicas.....	125
3.3. El presupuesto objetivo: La insolvencia.....	130
3.3.1. Sistema concursal vigente hasta la ley 22/2003, en relación al presupuesto objetivo.	133
3.3.1.1. El presupuesto objetivo de la quiebra y de la suspensión de pagos, antes de la reforma concursal.....	137
3.3.1.2 El presupuesto objetivo del concurso de acreedores, antes de la reforma concursal	141
3.3.2. La insolvencia como presupuesto general del concurso.....	143
3.3.3. Del concurso voluntario de acreedores.....	153
3.3.4. Del concurso necesario de acreedores.	155
3.3.5. Los elementos del presupuesto objetivo del concurso regulados en el artículo 2 de la L.C. española.....	158

3.3.5.1. Procedencia del concurso en caso de insolvencia del deudor común.....	159
3.3.5.1.1. La imposibilidad de cumplir regularmente.....	159
3.3.5.1.2. La exigibilidad en las obligaciones.....	163
3.3.5.2. La solicitud del concurso de acreedores por el deudor.....	164
3.3.5.2.1. Justificación del endeudamiento y estado de insolvencia.....	166
3.3.5.2.2. La insolvencia actual.....	168
3.3.5.2.3. La insolvencia inminente.....	173
3.3.5.3. La solicitud del concurso de acreedores por el acreedor.....	180
3.3.5.3.1. Fundamento de la solicitud del acreedor del concurso basado en título por el que se haya despachado ejecución o apremio, sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago.....	182
3.3.5.3.2. Manifestaciones externas de insolvencia.....	185
3.3.5.3.2.1. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.....	188
3.3.5.3.2.2. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.....	195
3.3.5.3.2.3. El alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.....	197

3.3.5.3.2.4. El incumplimiento generalizado	
de las siguientes obligaciones.....	201
3.3.5.3.2.4.1. El pago de las	
obligaciones tributarias exigibles.....	202
3.3.5.3.2.4.2. El pago de cuotas	
de la Seguridad Social.....	205
3.3.5.3.2.4.3. El pago de	
salarios e indemnizaciones y demás retribuciones	
derivadas de las relaciones de trabajo.....	207
3.4. La prueba del presupuesto objetivo.....	208
3.5. Reformas a la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.....	212
3.5.1 Real Decreto Ley 3/2009 de 27 de marzo, de medidas	
urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de	
la situación económica.....	215
3.5.2. Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley	
22/2003 de 9 de julio, Concursal.	217
3.5.3. Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los	
emprendedores y su internacionalización.....	220
3.5.4. Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se	
adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y	
reestructuración de deuda empresarial.....	222
3.5.5. RDL 11/2014, de 5 de septiembre, sobre medidas urgentes	
en materia concursal.....	227

3.5.6. Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial..... 229

3.5.7. RDL 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social..... 232

3.5.8. Ley 9/2015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal..... 237

3.5.9. Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.....239

Capítulo IV

Procesos de ejecución colectiva en Guatemala.

4.1. Introducción..... 247

4.2. Antecedentes históricos de la actual legislación en materia de ejecución colectiva.....251

4.2.1. La época colonial..... 251

4.2.2. Desde la independencia del Reino Español..... 251

4.2.3. El Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil Decreto Gubernativo 2009 de 1.934.....254

4.2.4. Código de Comercio de 1942 (Decreto número 2946 del Presidente de la República, Jorge Ubico).....	255
4.3. El Código de Comercio vigente en la actualidad (Decreto 2-70) del Congreso de la República de Guatemala.....	256
4.4. Regulación actual de los concursos de acreedores y de la quiebra en Guatemala.....	259
4.5. Los principios generales del proceso de ejecución colectiva.....	260
4.5.1. Universal.....	260
4.5.2. Intervivos.....	261
4.5.3. Atractivo, fuero de atracción (<i>vis attractiva</i>).....	261
4.5.4. Mixto declarativo y ejecutivo (<i>sui generis</i>).....	262
4.5.5. El principio de la “ <i>par conditio creditorum</i> ”.....	263
4.6. El concurso voluntario de acreedores.....	263
4.6.1. Conceptualización.....	263
4.6.2. Regulación.....	266
4.6.3. Presupuestos.....	269
4.6.3.1. Presupuesto subjetivo.....	269
4.6.3.2. Presupuesto objetivo	270
4.6.3.2.1. Que el deudor, haya suspendido o esté próximo a suspender el pago corriente de sus obligaciones.....	271
4.6.3.2.2. Cuando hubieren sido declarados en quiebra, siempre que ésta no haya sido calificada judicialmente de fraudulenta o culpable...	272
4.7. El concurso necesario de acreedores.....	273

4.7.1. Conceptualización.....	273
4.7.2. Regulación legal.....	275
4.7.3. Presupuestos.....	283
4.7.3.1. Presupuesto subjetivo.....	283
4.7.3.2. Presupuesto objetivo.....	283
4.7.3.2.1. Cuando ha sido rechazado por los acreedores o desaprobado judicialmente el convenio previo propuesto por el deudor.....	284
4.7.3.2.2. Cuando hay tres o más ejecuciones pendientes contra el mismo deudor y no hubiere bienes suficientes y libres para cubrir las cantidades que se reclaman.....	284
4.8. La quiebra.....	285
4.8.1. Conceptualización.....	285
4.8.2. Regulación legal.....	288
4.8.3. Presupuestos.....	295
4.8.3.1. Presupuesto subjetivo.....	295
4.8.3.2. Presupuesto objetivo.....	295

CAPITULO V

5.1. Análisis de la problemática planteada y posibles soluciones.303

5.1.1. Situación legal vigente y aplicación práctica en Guatemala en materia de ejecuciones colectivas (concursos de acreedores y quiebra).....	304
---	-----

5.1.1.1. Dispersión normativa y del presupuesto objetivo en materia concursal.....	304
5.1.1.2. Falta de cuerpo normativo específico de quiebras o concursos.....	308
5.1.1.3. Falta de sustantivación en materia concursal.....	308
5.1.1.4. Fundamento procesal complejo de la legislación existente, exceso de formalidades.	309
5.1.1.5. Falta de órganos jurisdiccionales especiales en derecho mercantil y concursos.....	310
5.1.1.6. Finalidad liquidativa de los procesos concursales.....	312
5.1.1.7. Imposibilidad de recuperación empresarial	313
5.1.1.8. Falta de conocimiento y experiencia profesional, judicial y comercial en materia concursal y quiebras.....	314
5.1.2. Prácticas comunes sustitutivas de los procesos de ejecución colectiva.....	316
5.1.3. Afectación de la inoperatividad en materia de concursos y quiebra en la economía guatemalteca y la inversión extranjera.....	317
5.2. Primeros intentos de reforma legislativa en materia de insolvencias en Guatemala. Especial referencia al presupuesto objetivo.	
5.2.1. Proyecto de Ley para un Código Procesal General.....	319
5.2.2. Borrador de Anteproyecto de Ley de Insolvencias.....	320
5.3. Propuestas para una reforma en materia concursal en la legislación guatemalteca a partir de la definición del presupuesto objetivo del concurso.	336
5.3.1. Prácticas internacionales en materia concursal a tener en cuenta	

en la reforma concursal Guatemalteca.....	345
5.3.1.1. Derecho Concursal como un derecho autónomo.....	350
5.3.1.2. Unificación legislativa en materia concursal en Guatemala en aspectos sustantivos y procesales: Creación de una Ley Concursal.....	352
5.3.1.3. Separación de los concursos de acreedores y quiebra del derecho penal.....	353
5.3.1.4. Principios fundamentales en los que puede basarse el nuevo derecho concursal en Guatemala.....	354
5.3.1.4.1. La satisfacción ordenada de los acreedores como finalidad principal.....	355
5.3.1.4.2. La conservación o reflatamiento de las empresas viables.....	356
5.3.1.4.3. La conservación de los puestos de trabajo en la empresa.....	358
5.3.1.4.4. Privilegio de los intereses públicos.....	361
5.3.1.4.5. Unidad de procedimiento.....	363
5.3.1.4.6. Participación de los acreedores en el proceso.....	364
5.3.1.4.7. Agilización y modernización del proceso.....	365
5.3.1.4.8. Regulación de convenios judiciales o extrajudiciales.....	367
Conclusiones.....	369
Bibliografía.....	393

ABREVIATURAS

a. De C, o a De Jc:	Antes de Cristo o antes de Jesucristo.
AEAT:	Agencia Estatal de la Administración Tributaria.
Apud:	Es una cita de cita, se utiliza cuando se cita un documento no consultado directamente sino citado por otro autor.
art:	Artículo.
BID:	Banco Interamericano de Desarrollo.
BOE:	Boletín Oficial del Estado.
BORME:	Boletín Oficial del Registro Mercantil.
CC:	Código Civil.
Cdc.:	Código de Comercio.
CEE:	Comunidad Económica Europea
CIJ:	Corte Internacional de Justicia
Cir. :	Circunstancia.
CNUDMI:	Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional.
CPC y M:	Código Procesal Civil y Mercantil
Dleg:	Decreto Legislativo.
Dley:	Decreto- Ley
Doc.:	Documento.
Droit.soc:	Droit des Sociétés.
Ed :	Editorial.

GMBH:	Gesellschaft mit Beschränkter Haftung (Sociedad de Responsabilidad limitada. Alemania).
Ibid:	Dentro del mismo documento antes citado.
Ibídem:	Dentro de la misma página de la cita anterior
InsO:	Insolvenzordnung.
IRPF:	Impuesto sobre la Renta de las Personas Física.
IVA. :	Impuesto al Valor Añadido
LC:	Ley Concursal.
LCC:	Ley de Crédito al Consumo.
LECiv:	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LEC.:	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LOPJ.:	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LSC.:	Ley de Sociedades de Capital.
Op.cit...:	Obra citada anteriormente.
p.:	Página.
PNUD.:	Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo.
RcP.:	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal.
RD.:	Real Decreto.
RDL.:	Real Decreto Ley.
RDM:	Revista de Derecho Mercantil.
RDN:	Revista de Derecho Notarial.
RDP:	Revista de Derecho Privado.
S.A.:	Sociedad Anónima.
SRL:	Sociedad de Responsabilidad Limitada.
UE:	Unión Europea.

UNIDROIT: Instituto Internacional para la unificación del
Derecho Privado.

VVAA: Varios autores.

INTRODUCCIÓN

Al iniciar este trabajo se planteó como hipótesis lo siguiente: “Los concursos de acreedores y la quiebra en la legislación guatemalteca son inoperantes por hallarse el presupuesto objetivo disperso en varios artículos y cuerpos normativos, que resultan obsoletos por no estar adaptados a la realidad y es necesaria una reforma integral de la legislación, para implementar un nuevo proceso concursal que cuente con unidad de disciplina, unidad de sistema y procedimiento, que sea flexible y rápido, y con sustantivación, y así cumplir con el fin del proceso concursal de satisfacción de los acreedores y la conservación de la empresa, en la medida de lo posible, por medio de la definición del presupuesto objetivo del procedimiento, tomando en cuenta la experiencia de la reforma concursal española y de esta manera incrementar la seguridad jurídica en la materia e incentivar la economía del país”.

Para comprobar la hipótesis antes enunciada y lograr un convencimiento pleno, y con el fundamento científico necesario, se ha inducido el proceso cognitivo desde los primeros momentos que se registran históricamente sobre la quiebra y los aspectos más relevantes en relación el presupuesto objetivo de los concursos, que en otros tiempos fueron denominados como “bancarrotas” o “quiebras”, desarrollándose conforme al momento histórico, lugar, actores, ideologías etc. Es importante resaltar que en el transcurso del estudio se observó la influencia socio-política y económica en el desarrollo de estos temas, y como se diversifica y cambia dependiendo del

país, y su contexto para aplicar de determinada forma el proceso concursal. Por otro lado, el desarrollo de los principios rectores de dichos procesos, dependiendo del objetivo del legislador, en algunos casos liquidativo y en otros conservativo de la empresa y los bienes del deudor, siempre procurando como aspecto primordial el de satisfacer los intereses de los acreedores como afectados y que en algunos casos se ha sopesado en sobremanera esta satisfacción de los intereses de los acreedores al extremo de considerar al deudor como un delincuente sin que se le dé la oportunidad de sacar a flote la empresa o su economía, si resulta viable, como se procura en la actualidad.

De esta manera en los capítulos I, II y III, se desarrolla el estudio previo del proceso concursal español, desde sus orígenes hasta la actualidad con el objetivo de comprender la complejidad que acontece a un proceso de reforma en la materia, y sobre todo enfocando en cómo se ha definido desde entonces hasta la actualidad el presupuesto objetivo del concurso, y como se ha logrado en España llegar a una Ley Concursal, después de un largo proceso de intentos de reforma y de continuas revisiones de la misma legislación en base a la práctica y de la situación económica imperante, pero sin cambiar la esencia del proceso definido con principios rectores tales como la unidad legal, la unidad de sistema o de procedimiento y la unidad de disciplina o subjetiva, con el fin de lograr la satisfacción de los acreedores en el marco de la continuación de la actividad y la conservación de la empresa, acompañados de la *par conditio creditorum*, la reducción de privilegios, y los principios de celeridad y flexibilidad, siendo estos mismos principios y directrices los que han sido tomados por otras legislaciones que marcan tendencia tales como lo Italiana, la

Alemana, entre otras de este entorno europeo, y en contextos más cercanos por nivel económico y político a Guatemala, ejemplos como México, Uruguay, Brasil, Colombia o Argentina, constando que en su mayoría éstos países cuentan con normas concursales recientes aprobados en los primeros años del siglo XXI, como respuesta a las necesidades que el mercado actual viene reclamando a cada uno de los países que buscan mecanismos eficientes en la lucha contra la insolvencia como garantía para todos los grupos de interés que intervienen en el tráfico mercantil.

Por otro lado, en el capítulo IV se trata el marco jurídico actual en materia de concursos y quiebras y la problemática existente en Guatemala que radica en la ineficiencia de los procedimientos de insolvencia que lleva aneja la incapacidad de los acreedores de cobrar lo que se les debe y eso afecta directamente a la disponibilidad del crédito, lo que repercute en los propios deudores, y por otro lado a los trabajadores de la empresa respectiva al no estar amparados, efectos que evitan un sistema eficiente y de aplicación efectiva que lo que hace es crear confianza en los distintos actores, y revitalizar las relaciones comerciales internas e internacionales y hacen fluir la economía.

Así pues, el proceso investigativo nos lleva de la historia y legislación concursal de España, hacia la historia y legislación actual en la materia en Guatemala, en la que se ha descubierto un plano desolador e inoperante, tal y como se planteó en la hipótesis respectiva, ya que desde un principio no se cuenta con un tratamiento adecuado, con una dispersión de normas, conceptos, definiciones, clasificaciones, en suma, un proceso marcadamente

desfavorable hacia el deudor, en el sentido de que no tiene el incentivo de someterse a un proceso de insolvencia al encontrarse con problemas económicos la empresa, lo que a su vez crea una barrera para la aplicación de los procesos existentes, debido entre otras cosas a su fuerte tendencia liquidativa, y los aspectos penales que inciden directamente en el desarrollo de los procesos denominados como “ejecuciones colectivas”, que terminan encauzados en delitos que no permiten recuperar la empresa o cumplir con la finalidad principal de satisfacción de los acreedores.

El entorno económico, político y social entre Guatemala y España resulta muy distinto, sin embargo, los principios, fundamentos y sobre todo el proceso de reforma concursal que se ha llevado en dicho país resultan muy didácticos para emprender un nuevo proceso de reformas legislativas en Guatemala, además de tener ambos países un pasado histórico y legislativo común. En este sentido, el análisis de la legislación concursal española puede coadyuvar a definir y proponer un cambio legislativo en la legislación guatemalteca, partiendo de la definición y delimitación del presupuesto objetivo del proceso: La insolvencia, entendida ésta como aquella situación en la que el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, de donde se recae en una insolvencia general, que puede ser temporal o actual, y futura e inminente, cada una con sus respectivos elementos.

Es importante aclarar que no es objetivo del investigador transponer la legislación española a la guatemalteca, sino tomarla como referente en conjunto con las buenas prácticas internacionales relativas a los concursos y

a la definición del presupuesto objetivo para así encontrar una solución viable y de aplicación a la problemática planteada y actual de Guatemala en la materia.

Por otro lado, la falta de operatividad, eficacia y eficiencia de los procesos actuales en materia de quiebras en Guatemala, la hace vulnerable de ser reformada con urgencia, razón por la cual se analiza por último en el capítulo V la situación legal vigente en Guatemala, los problemas que se han detectado y los más comunes en la práctica legal y judicial sobre las quiebras y los concursos de acreedores, para encontrar las posibles formas de solventar dicha problemática a través de una reestructuración total en la materia, siempre partiendo de la redefinición de los presupuestos de un proceso concursal que debe estar acorde con la realidad económica, y de intercambio comercial internacional, por lo que se hacen sugerencias de temas y formas hacerlo con la expectativa de que sirvan como aporte que acompañe los demás estudios y propuestas concretas que están surgiendo y que se perfilan como necesarias en el entorno globalizado que exige cada vez más garantías y seguridad jurídica, tanto para empresarios y particulares nacionales como extranjeros.

Capítulo I

Antecedentes históricos del derecho concursal.

- 1.1. Consideraciones previas.
- 1.2. Derecho Romano.
- 1.3. La Edad Media.
 - 1.3.1. Antecedentes histórico-políticos.
 - 1.3.2. Los institutos concursales en la Edad Media. El surgimiento de la quiebra.
 - 1.3.2.1. Siglos XIII al XV.
 - 1.3.2.2. El derecho concursal en España durante los siglos XIII al XV.
 - 1.3.3. Siglos XVI al XVIII.
 - 1.3.3.1 De los consulados en España.
 - 1.3.3.1.1. De las ordenanzas de Bilbao de 1.737.
 - 1.3.3.1.2. De las ordenanzas de Málaga de 1.825.
 - 1.3.4. Las codificaciones y las leyes especiales del siglo XIX.

CAPITULO I.

Antecedentes históricos del derecho concursal.

1.1. Consideraciones previas.

El Derecho Concursal y sus presupuestos tal y como los concebimos hoy en día, han pasado por varias etapas históricas y han evolucionado tanto en la parte sustantiva como adjetiva, y en este capítulo se desarrollarán los antecedentes del derecho concursal y su consecuente evolución, lo que considero de vital importancia, ya que como citaba EHRLIC :“... El camino hacia la comprensión más profunda de la naturaleza del presente lleva la comprensión del pasado...”¹.

Por lo que es necesario recurrir a la historia de la quiebra para comprender exactamente cual era la situación del quebrado y su marginación en la vida social, hasta llegar a concretar los principios actuales sobre los que se basa el derecho concursal en general y en especial en España.

Así pues, encontrar los orígenes del Derecho concursal actual nos lleva a definir en primer termino “La Quiebra”, que es entendida como : “La expresión jurídica de la situación patológica en que se encuentra el comerciante que no

¹ MARTINEZ FLORES, A., “Las interdicciones legales del Quebrado”, Ed. Civitas, Madrid S.A., 1993, p. 37.

puede hacer frente al pago de las deudas contraídas por el ejercicio de una actividad mercantil”², aunque mas adelante veremos como ese concepto se generaliza para los comerciantes y no comerciantes y las diferentes posiciones doctrinales sobre este tema.

Historicamente este concepto de quiebra se haya como tal, en el Derecho Romano, quienes centraban en la persona del deudor la satisfacción de los intereses de los acreedores, siendo esta situación la que cambio hasta que modernamente se enfoco hacia los bienes del comerciante quebrado, y de alguna manera se fue volviendo mas flexible en cuanto a la persona del comerciante con el fin de estimular la economia, creando soluciones conservativas y liquidativas, como veremos en el desarrollo histórico del presente capítulo.

De esta manera se hará énfasis en el presupuesto objetivo del Concurso el cual ha servido para entender la finalidad de las instituciones concursales españolas, ya que existen relaciones entre los presupuestos objetivos y la finalidad de los institutos concursales, esto es desde un punto de vista de los principios de política jurídica inspiradores de los institutos concursales, y de otro con la opción de técnica legislativa del legislador español a través de la que se realizan los principios antes relacionados y todo ello dentro de un

² CORDONES RAMÍREZ, M., " Apuntes históricos sobre la evolución del sistema de quiebra de los comerciantes". VVAA, Estudios sobre la ley concursal, Estudios Homenaje al Prof. Manuel Olivencia, Ed. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A., Tomo I, Madrid, 2004, p. 147.

contexto socioeconómico y político³. Para poder descubrir este nexo tendremos que desarrollar la historia conocida sobre la quiebra y las instituciones que son la raíz de muchas características actuales del Derecho concursal y sus respectivos presupuestos.

1.2. Derecho Romano.

Los antecedentes conocidos de la quiebra y del concurso de acreedores se remontan al derecho romano, su objetivo de protección a los acreedores nos hace pensar en instituciones que persiguen el cumplimiento forzoso de las obligaciones al no darse voluntariamente⁴. Así pues, en este momento de la historia se puede ubicar el origen del concepto de obligación (*obligatio*), el cual puede ser definido como un (*vinculum iuris*), que hace surgir una relación jurídica obligatoria formada por el acreedor titular de un derecho y el deudor sujeto de un deber jurídico (deuda) frente al acreedor⁵. En un principio surge el originario sistema de autotutela, el que determina que sean los propios titulares del derecho de crédito lesionado por el incumplimiento del deudor quienes asuman la protección de su derecho que normalmente era a través de la fuerza bruta, siendo esta la forma más rudimentaria y antigua de amparo

³ PULGAR EZQUERRA, J., "El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español", Servicio de publicaciones de la universidad de Almería, Almería, 1999, p. 21.

⁴ GARRIGUEZ, J., "Curso de derecho mercantil", Imprenta Aguirre, Madrid, 1969, p. 378.

⁵ Así, PULGAR EZQUERRA, J., "La declaración del concurso de acreedores", Ed. La ley, Madrid, 2005, p. 39.

jurídico, lo que ha sido calificado por los autores GARRIGES, RAMIREZ, y PULGAR EZQUERRA como “Formas de Autodefensa Privada”⁶.

La institución más reconocida dentro del sistema Romano para resolver situaciones de insolvencia es el denominado *manus iniectio*⁷, el cual, tal como sucedía con los pueblos primitivos y en el contexto de la época arcaica del derecho romano la ejecución procesal del *iudicatum*, es personal, esto significa que la ejecución de los deudores conducía a la *addictio* de la persona física del deudor a favor del demandante, por lo que la afectación era directa sobre la persona del deudor y no en su patrimonio.

El procedimiento se iniciaba invitando el actor al demandado a comparecer ante el magistrado (*in ius vocatio*), si el demandado oponía resistencia, aquel podía conducirlo por la fuerza. Para retardar la comparecencia del demandado, éste podía hacer entrega de un rehén (*vas*) al demandante. Ante el magistrado el actor sostenía la existencia de la *iudicatio*, *damnatio o nexum*, y se arrastraba literalmente ante el magistrado al deudor que había confesado la deuda o que, siendo condenado a pagarla, rehusaba hacerlo.

⁶ En este sentido, *ibidem*. p. 40.

⁷ La *manus iniectio* ha sido denominada como LA EJECUCIÓN PERSONAL ARCAICA: “...El procedimiento lo iniciaba el actor invitando al demandado a comparecer ante el magistrado (*in idus vocativo*); si el demandado opone resistencia, aquél puede conducirlo por la fuerza...”, según BETANCOURT, F., “El concurso de acreedores en el derecho romano clásico”, VVAA, Estudios sobre la ley concursal. Estudios Homenaje al Prof. Manuel Olivencia, Ed. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A., Tomo I, Madrid, 2004, p. 109.

Si el demandado no pagaba o no presentaba un *vindex (defensor)*, el magistrado dictaba la *adictio* o declaración solemne para venderle como esclavo y con el precio de la venta cobrarse la deuda⁸. Además de venderlo como esclavo, el acreedor podía matarlo, en ambos casos, éste se quedaba con el patrimonio del deudor, lo que sitúa otra posición doctrinaria sobre la calificación de la *manus iniectio*, no solamente como institución de ejecución de carácter personal sino también patrimonial, ya que el procedimiento afecta directamente al patrimonio del deudor, siendo la diferencia fundamental con los institutos de ejecución patrimoniales que la satisfacción se persigue sobre la persona misma del deudor y constituye la apropiación del patrimonio del deudor un efecto indirecto⁹.

Como puede observarse no se trata de un procedimiento de quiebra sino de un “juicio de ejecución universal”, los acreedores obraban individualmente. Con el tiempo la *manus iniectio*, se fue volviendo más leve y el demandado ya no era puesto como esclavo sino en situación de semi-esclavitud, denominado como (*in causa mancipi*), redimiendo su deuda con trabajo.

A continuación, sobre el año 326 a. De C. surgió la *lex poeilelia papiria*, y se fue atenuando el excesivo rigor primitivo de la *manus iniectio*, y se constituye en el tránsito del sistema de ejecución personal al sistema de ejecución patrimonial (*non corpus debitoris sed bona obnoxia*), con la igualdad

⁸ Para ampliar el tema puede verse: *ibíd.* p. 110.

⁹ En este sentido, PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.* p. 42.

de trato entre los acreedores frente al común deudor (*par conditio creditorum*), y la correlativa actuación conjunta o en beneficio de la colectividad.

Las soluciones de la *lex poetilia* son:

1. La *missio in possessionem*, que consistía en que los acreedores tomaban posesión de los bienes del deudor para asegurar la realización del pago con la conservación de los mismos¹⁰, se asemeja a la quiebra en el sentido que la puesta a disposición de los bienes puede ser a beneficio de todos los que concurren al procedimiento y es así como surge la institución de la masa de acreedores como colectividad sometida a la igualdad de trato antes relacionada (*par conditio creditorum*).

Si el deudor no paga se le sustituye por otro que pague fingiendo una *successio in universum ius*, un comprador universal (*bonorum emptor*), entra en todas las relaciones patrimoniales del deudor sucediéndole como un heredero pagando todas las deudas hasta donde alcance el producto de la venta del patrimonio¹¹. Dentro de las acciones que pueden presentarse de parte de los acreedores por las disminuciones fraudulentas del patrimonio del deudor son *actio pauliana*, *interditum fradatorum*, *restitutio in integrum*.

¹⁰ Es denominado por otros autores como “*la missio in bona, O missio en bona debitoris*”, pero con las mismas características de poner a disposición del acreedor o acreedores los bienes del deudor. Ver. GARRIGUES. J., *op. cit.*, p. 378-379, y BETANCOURT, F., *op. cit.* p. 112.

¹¹ GARRIGUES, J. *op. cit.* p. 378.

2. La *bonorum venditio*, el cual era un procedimiento complementario al anterior y que consistía en la venta del patrimonio ocupado generalmente en bloque como universalidad de bienes¹².

En ambos casos se acudía al pretor poniéndole en conocimiento de la falta de pago del deudor, como consecuencia éste aplicaba la *missio in possessionem*, es decir que adjudicaba los bienes al acreedor o acreedores, pasados quince días sin efectuarse el pago respectivo, los acreedores elegían un *magister curator*, a quien se le encargaba la venta del patrimonio, a ser posible en bloque, a la persona que ofreciera mayor precio, el adquirente se denominaba *bonorum emptor*, a quien se le consideraba como un heredero del deudor *fictio iuris* y quien debía de pagar todos adeudos en forma proporcional entre cada uno de los acreedores sin preferencia (*bonorum venditio*)¹³. Así mismo, a pesar de estar dentro de una esfera privada en virtud de que los acreedores determinan el funcionamiento, existe un control a través del *Pretor* quien tiene un papel meramente formal, pero supone en cierta medida un control de legalidad¹⁴.

¹² La *bonorum venditio*, es denominada también como *venditio bonorum sub hasta*, por BETANCOURT, F., *op. cit.* p.112., quien lo considera también como una ejecución patrimonial concursal ya que se da a favor de todos los acreedores y no a favor de uno solo.

¹³ CORDONES RAMIREZ, M., *op. cit.* p. 148.

¹⁴ PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.*, p. 45.

Posteriormente en la época imperial romana se introdujo la *bonorum distractio*, la cual trata de sustituir la venta en bloque de los bienes del deudor, por una enajenación aislada de los mismos, para lo cual se designaba por el Pretor un *Curator*. Además, existía la posibilidad para los acreedores de elegir entre la *bonorum distractio* y la *bonorum venditio*, pero nunca ambos a la vez¹⁵.

De parte del derecho romano clásico, se da el *pactum ut minus solvatur*, que era un instituto que consistía en un acuerdo entre el heredero y los acreedores de la herencia endeudada, y el objeto era la reducción de las deudas dentro de los límites del activo hereditario, a lo que el heredero condicionaba la aceptación de la herencia. Se conserva este sistema hasta que se introduce la figura de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, siendo doctrinalmente el primer instituto de carácter concursal que se configura y desarrolla durante la legislación medieval, cuando surgen los “convenios de mayoría”¹⁶.

La *cessio bonorum*, introducida por la *lex julia* del año 17 a.de J.C., surge a continuación como una opción que suaviza la situación del deudor, y que consistía en que el mismo deudor podría eludir la prisión, presentándose ante el magistrado y manifestado ante la autoridad judicial la voluntad de poner

¹⁵ En este sentido: *ibídem.*, Y, CORDONES RAMIREZ, M. *op. cit.*, p. 149.

¹⁶ PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.* p. 45-46.

(*cessio*), a disposición de los acreedores para que estos procedieran a su realización, y con el resultado satisfacer los créditos.¹⁷

En este sentido, se da la *cessio bonorum* como el antecedente de los actuales convenios preventivos judiciales, y se reservaba a aquellos deudores cuyo incumplimiento hubiera sobrevenido sin culpa suya, es decir, a causa de adversa fortuna, por lo que se consideraba de *favor debitoris*, ya que se limitaba su aplicación a deudores merecedores de eludir las consecuencias infamantes de otros institutos, entendiéndose casos en que la crisis económica no les fuera imputable¹⁸.

En el Derecho Justiniano, al lado de la cesión de bienes, aparecen también, por influencia del cristianismo las “moratorias”, que son “esperas”, concedidas en ciertas circunstancias al deudor común de buena fe para que con una pequeña dilación, puedan hacer frente a las obligaciones contraídas¹⁹.

La figura de la *cessio bonorum* tuvo una influencia notable en épocas posteriores, y de una forma muy particular en la obra de Salgado Somoza,

¹⁷ Según GARRIGUES, se da por primera vez una verdadera “satisfacción por equivalente”, desapareciendo la ejecución personal y la infamia, y el deudor tiene la ventaja de ver asegurados los recursos necesarios para su subsistencia (*beneficium competentiae*), y lo que adquieren los acreedores es un derecho de posesión con derecho a enajenación de las cosas para satisfacer los créditos con el precio. GARRIGUES J., *op. cit.* p. 379.

¹⁸ PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.*, p. 46.

¹⁹ ROJO, A. Y BELTRAN E., “Regulación Jurídica de la Insolvencia: La Legislación Concursal”, VVAA, Comentarios a la Ley Concursal, Ed. Thompson Civitas, Valladolid, 2004, p, 905.

titulada *labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorum communem inter illos causatam*, publicada en 1.646, constituyéndose en el primer tratado moderno de derecho de quiebra.²⁰, al cual nos referiremos más adelante.

1.3. La Edad Media.

1.3.1 Antecedentes histórico-políticos.

La Edad Media surge por la caída del imperio romano, lo que influye en la vida de Europa en todos sus aspectos, dentro de ellos, que desaparecen las villas y ciudades, así como las actividades urbanas, comerciales y artesanales, debido a la ruptura del orden administrativo romano. Como consecuencia prevalece la base de núcleos rurales dispersos y autosuficientes, sin mayor comunicación, por lo que la vida económica se limita a la propiedad feudal. Sin embargo es hasta el siglo XI, al comienzo de la Edad Media cuando se produce el resurgimiento de Europa, con la reapertura del comercio, siendo según algunos autores el origen del sistema de economía de mercado²¹. En esta etapa se da la garantía al municipio con sus poderes coercitivos el mantenimiento de las condiciones objetivas de acumulación, incentivando la capacidad productiva de la fuerza de trabajo e interviniendo con medidas de

²⁰ CORDONES RAMIREZ, M., *op. cit.*, p. 150.

²¹ PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.*, p. 47.

política económica en proceso de acumulación del capital. Así pues, durante la sociedad medieval urbana se distinguen dos tipos de instituciones que dieron origen a su vez a la creación de dos tipos de normas jurídicas, de un lado los poderes públicos representados en las instituciones de la ciudad en la mayor parte de los casos producto directo de las corporaciones, las que eligen las magistraturas municipales y las de carácter autónomo basadas en el sufragio popular con funciones de gobierno de los intereses generales.

Por otro lado, los poderes privados, que eran instituciones de clase, la nobleza urbana y las corporaciones profesionales: Comerciantes y banqueros, lo que hace que se creen normas relativas a sus relaciones mercantiles, y surge el *ius mercatorum*, cuyas fuentes eran los estatutos de las corporaciones mercantiles, la costumbre mercantil y la jurisprudencia de los tribunales mercantiles creados en el seno de las corporaciones así como el *Ius civile* o Derecho privado romano derivado del *Corpus Iuris*, al que los estatutos hacían reenvío como fuente subsidiaria del *ius mercatorum*.

Este *ius mercatorum*, es el que se extenderá progresivamente como derecho tendente a la uniformidad ultra urbano y posteriormente, europeo, es por ello que se afirma que la época medieval fue muy importante para Europa por la importancia que cobro especialmente en Italia. Sin embargo, no es sino hasta el siglo XIII a partir de los estatutos italianos en que se constituye el primero instituto jurídico de cumplimiento forzoso de las obligaciones de carácter concursal.

1.3.2. Los institutos concursales en la Edad Media. El surgimiento de la quiebra.

1.3.2.1. Siglos XIII al XV.

En la Edad Media existen dos corrientes relativas a la quiebra. La primera seguidora de los postulados del derecho romano y la otra por el derecho visigodo, la que patrocinaba la sumisión de la colectividad de acreedores y de sus derechos a la autoridad judicial. La mayor aportación en el derecho medieval, en materia de derecho concursal, consiste en atribuir especial relevancia a las condiciones subjetivas del deudor, con lo que se rompe la indiferencia tradicional hacia la cualidad de comerciante o no del deudor, con lo que se da inicio a la separación entre las situaciones de insolvencia entre los deudores no comerciantes, concurso de acreedores y los comerciantes, suspensión de pagos y quiebra, siendo a estos últimos las medidas más rigurosas por la trascendencia económica de la cesación de pagos ²².

Varios autores coinciden en ubicar en la baja edad media el nacimiento de la quiebra, específicamente en el Derecho estatutario italiano²³. En este sentido se configuro la quiebra, que se solía manifestar por la fuga del deudor,

²² CORDONES RAMIREZ, M., *op. cit.*, p. 150.

²³ *ibid.*, p. 151; GARRIGUES, J., *op. cit.* p. 905; MARTINEZ FLORES, A., *op. cit.* p. 37, PULGAR EZQUERRA, J., "El presupuesto objetivo de la quiebra en el derecho español", *op. cit.* p. 67, ROJO, A. Y BELTRAN, E., *op.cit.*, p. 905.

la mesa o el puesto del comerciante se quebraba o rompía: De ahí que se diera la denominación de “banarrota”.

La quiebra, denominada también como *decoctio* y *fallimento*, del verbo latino *fallere*, que significa “engañar”, “ocultarse”, era un procedimiento privado con nula o escasa intervención de los jueces mercantiles, ya que los mismos acreedores ocupaban los bienes y designaban a los administradores o síndicos para que lo administraran y enajenaran y en base a la *par conditio creditorum*, hacían la distribución.

Los acreedores privilegiados eran la mujer por la dote, y el Estado por los tributos. La mala fe se presume al quebrar lo que se denomina *decor ergo fraudator*, por lo que si se atrapa sufre de prisión y otras rigurosas penas. Así pues, se parte de la idea de que el quebrado es un defraudador (*decoctor ergo fraudator*), y de que al Estado le corresponde la represión del hecho ilícito de la quiebra lo que va junto a la correcta satisfacción de los acreedores, esto se constituye en una presunción *iuris et de iure*.

Las fuentes histórico-jurídicas ponen de manifiesto que la fuga *propter debita*, no era el único presupuesto objetivo de la quiebra, varias fuentes históricas se refieren a la falta de pago de las deudas, como lo enuncia ROCCO A.²⁴. La quiebra es así una institución dirigida a sancionar el comportamiento antisocial del fallido y a proteger con ello el interés colectivo,

²⁴ MARTINEZ FLORES, A., *op. cit.* p. 38.

que no es otro que el de una clase mercantil que ha sido elevado a la categoría de interés público, lo que explica la dureza de las penas, tratándose de una mayoría de los comerciantes de una clase dominante en la época.

La pena que comúnmente se aplica es la del *bando*, que conlleva la exclusión del quebrado de la sociedad civil²⁵. Los elementos del bando eran: la *eiectio a civitate*, entendida como expulsión del territorio o como privación de la ciudadanía, la falta de protección del quebrado frente a sus posibles ofensores (pérdida de la paz), la privación de la facultad de pedir y obtener justicia, la prohibición de valerse de abogado, la exclusión de los *officia*. Estos elementos variaban según la causa que los haya determinado así se tenían bando *pro avere*, *pro debito*, *pro delicto* y *pro maleficio*.

En opinión de PERTILE, es común que en todos los casos los *bandidos*, eran excluidos de sus oficios públicos, privados del derecho de ser demandantes en juicio y testificar²⁶. Así pues, los estatutos italianos sitúan en el incumplimiento, con independencia de la situación económica de fondo subyacente, la causa de apertura de la quiebra, que en primer momento se tenía como manifestación inequívoca la huida o fuga del deudor y, posteriormente, la cesación de pagos. En dichos estatutos la técnica que se utiliza es la de “sustantivación de hechos externos para delimitar el

²⁵ *ibíd.* p. 39.

²⁶ MARTINEZ FLORES, A., *op. cit.* p. 40.

presupuesto objetivo de apertura de la quiebra”²⁷, la cual será empleada en el derecho francés y ordenamientos influidos por éste.

1.3.2.2. El derecho concursal en España durante los siglos XIII al XV.

La generalidad de la doctrina ubica el inicio de la quiebra en los estatutos italianos en el siglo XIII, sin embargo existen doctrinas que afirman la autonomía del derecho español en referencia a los estatutos italianos medievales, en dos vías, la primera que afirma esa autonomía debido a que en el siglo XIII es cuando comienza a configurarse el instituto de la quiebra en las partidas de Alfonso X el Sabio, en las que se regulaba la materia concursal con carácter sistemático y completo, frente al carácter asistemático y primario de la regulación en el derecho italiano ²⁸.

Y de otro lado, se puede afirmar que en España por primera vez durante el siglo XIII, se configura la quiebra en la legislación catalana, esto dentro del contexto histórico del auge comercial y económico por el que atravesaba Cataluña, y la quiebra surge por una necesidad de protección al comercio, por ello se produce antes en Cataluña que en Castilla, ya que la segunda se tendrá que esperar hasta el siglo XV para tener más florecimiento.

²⁷ PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español “, *op. cit.* p. 68.

²⁸ PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.* p. 62.

En materia de quiebra se dictan las primeras disposiciones durante el reinado de Jaime II, en la Ley de las Cortes de 1.299, en el cual se determina un tipo determinado de deudores (banqueros) a los que se denomina “*abatuts*”, ósea quebrados, con lo que se da un paralelismo entre la Ley de Cortes catalana y el Estatuto de Arte del Cambio de Firenze, también de 1.299²⁹. Otra disposición Catalana de importancia es la “Constitución de las Cortes de Lérida de 1.301, en el que se define al “*abatut*” (quebrado) en función del hecho externo del incumplimiento de su obligación de pagar a los acreedores, con independencia de la efectiva situación económica de fondo y que se mantendrá durante el reinado de Jaime II, en la Constitución de las Cortes de Gerona de 1.321.

En 1.333 durante el reinado de Alfonso IV de Aragón, se dan las Cortes de Montblanc que se refirieron a los mercaderes en los que la fuga, ausencia u ocultación eran causas suficientes para declarar la quiebra, lo que se mantuvo vigente hasta las Cortes de Cervera de 1.359, dictada por Pedro IV. Se puede afirmar que durante los siglos XIII al XIV, en relación a la delimitación del presupuesto objetivo, se utilizaba la técnica de sustantivación de manifestaciones externas de la insolvencia como la cesación de pagos y la fuga, en forma paralela con lo que sucede en el derecho estatutario medieval italiano, en la que se da origen a esta técnica³⁰.

²⁹ *ibíd.* p.69.

³⁰ PULGAR EZQUERRA, J.,” El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español”, *op. cit.* p.70.

Durante el siglo XIII en el derecho concursal castellano se combina la técnica de sustantivación de hechos externos con el establecimiento de una situación económica de fondo, entendida la insolvencia como incapacidad de pago, de la que la cesación de pagos constituye mera manifestación externa, pudiendo afirmarse, según ALCALÁ ZAMORA, que se sitúa en el derecho español el origen de esta técnica posteriormente seguida por ordenamientos del bloque jurídico anglosajón³¹.

En conclusión sobre esta época podemos afirmar que la quiebra es considerada como delito y el quebrado es sometido en todo caso a graves sanciones penales y personales³². La primera Ley sobre quiebra, promulgada en 1.548 en Valladolid por la Reina Juana, contempla el supuesto de un comerciante que, sin haber huido ni ocultado sus bienes, carece de medios para pagar, a lo cual se le denomina quiebra. El legislador castellano delimita el presupuesto objetivo de apertura de la quiebra en base al establecimiento de una situación económica de fondo.

El contenido de esta primera Ley de quiebra castellana será posteriormente reproducido en una Ley de Felipe II, promulgada en 1.570 por las Cortes de Córdoba y una pragmática de 18 de julio de 1.590, que señala expresamente precedente el procedimiento de cesión de bienes para regular

³¹ *ibíd.* p. 72.

³² MARTINEZ FLORES, A., *op. cit.* p. 65.

los aspectos procesales de la quiebra ³³. Se produce por tanto en el Derecho castellano un tratamiento legal insuficiente y de carácter asistemático de la quiebra cuyo régimen procesal se determina por remisión a las normas reguladoras de la cesión de bienes y de ahí que resulte justificado que la quiebra en Castilla deriva más de la cesión de bienes de origen romano que de una recepción del derecho estatutario italiano³⁴.

1.3.3. Siglos XVI al XVIII.

Esta etapa se puede calificar como la médula del derecho concursal ya que es cuando se le da forma tal y como lo conocemos hoy, en principio, surgen dos autores Españoles como lo son AMADOR RODRÍGUEZ, Y SALGADO DE SOMOZA, del primero con el *Tractatus de concursu*, cuyo título completo es *Trantatus de concursu et privilegis creditorum in bonis debitorum et de eorum prelationibus*, cuya primera edición se publicó en Valladolid, en 1616; del segundo su monumental *Labyrinthus creditorum concurrentium*, título que se completa con las palabras *ad litem per debitorem communem inter illos causatam*.

AMADOR RODRÍGUEZ es quien por primera vez utiliza el vocablo de *concurso*, y SALGADO SOMOZA, es el artífice de una elaboración doctrinal

³³ PULGAR EZQUERRA, J., "El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español", *op. cit.* p.74.

³⁴ *ibídem*.

de la institución como proceso, como *litis*, a la que concurren los acreedores del deudor común, en un verdadero laberinto cuya salida ya no es una heterocomposición de los complejos conflictos de intereses que se plantean en el estado patrimonial de insuficiencia del activo para atender al cumplimiento de las obligaciones del deudor y para responder de su incumplimiento, siendo esta su gran aportación³⁵.

El objetivo del *Labyrinthus*, obra de SALGADO SOMOZA³⁶, era regular un nuevo procedimiento de cesión de bienes a cambio de un reforzamiento de las formalidades y garantías, se evitaba la prisión del deudor, y las notas esenciales de dicho tratado se sintetizan en: a) La constante intervención del juez en la quiebra; b) Los bienes del deudor pasaban del dominio de éste a la

³⁵ OLIVENCIA RUIZ, M., "Reforma concursal española y doctrina jurídica: Los clásicos españoles del XVII", En: Revista española de derecho concursal y paraconcursal. No. 9 (mar-2006); p. 20. ISSN.

³⁶ En relación a Francisco SALGADO DE SOMOZA: "...Nació en La Coruña en 1.590, estudió Humanidades en La Coruña y se doctoró en la Universidad de Santiago de Compostela. Posteriormente se ordeno sacerdote. Fue abogado de la Real Audiencia de Galicia. Traslado a Madrid, fue Vicario general del Arzobispado de Toledo. Fue después auditor en Valladolid, donde llegó a Presidente de Sala. Pasó luego al consejo de Hacienda y fue después Consejero del Consejo de Castilla, del que llegó también a Presidente. Murió retirado en el monasterio de Alcalá la Real en Jaén el año 1664, del que era Abad..." Para ampliar sobre el tema ver. TRIAS DE BES, X., "El derecho concursal en las ordenanzas de Bilbao", VVAA, Estudios sobre la ley concursal. OLIVENCIA RUIZ, M., "Reforma concursal española y doctrina jurídica: Los clásicos españoles del XVII", En: Revista española de derecho concursal y paraconcursal. No. 9 (mar-2006); p. 20. ISSN. Ed. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A., Tomo I, Madrid, 2004, p. 56-57; y del mismo Autor: TRIAS DE BES, X., "Salgado de Somoza, un precursor de la moderna doctrina del derecho concursal", VVAA, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez. Ed. Cívitas. Tomo III. Madrid. 1996.

protección y potestad de la curia; c) La administración de los bienes es confiada a la tutela del juez, el cual designa un administrador y distribuye los bienes una vez subastados ³⁷.

Se puede afirmar que este proceso es el antecedente a lo que ahora es denominado como concurso “voluntario”. La calidad del tratado y la innovación de los términos de “concurso” y “deudor común”, así como la sistemática del proceso hizo que su obra influenciara a los demás países europeos, ya que antes de dicha obra no existía nada similar dentro de la legislación occidental, de hecho la legislación alemana sobre el concurso arranca de la obra de Salgado Somoza. Muchos autores coinciden en que el derecho concursal español era el único humanizado y moderno de occidente, también fue el primero que reservó el procedimiento de quiebra para los comerciantes o empresarios sometiendo al deudor civil insolvente a otro procedimiento distinto que derivó más tarde en el “concurso de acreedores”.

Desde las partidas se puede observar la tendencia de conservación de la empresa, con la expresa autorización del pacto de continuación entre los socios supervivientes con la idea de mantener viva la sociedad, así como la situación de que el sobreseimiento es preliminar a la quiebra, es decir que desde un principio se estaba introduciendo una nueva figura que se convertiría con el paso de los tiempos en la “suspensión de pagos”³⁸.

³⁷ CORDONES RAMIREZ, M., *op. cit.* p. 148-149. BELTRAN SANCHEZ E., “Derecho Concursal”. AA.VV. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2012, p. 26.

³⁸ TRÍAS DE BES, X., “El derecho concursal en las ordenanzas de Bilbao”, *op. cit.*, p. 58-59.

En la obra de Salgado se mencionan los cuatro procedimientos de concurso existentes en el Derecho Español:

1º. Cuando los acreedores concurren para conceder una moratoria al deudor común (espera); 2º. Cuando los acreedores convienen entre ellos reducir alguna parte de sus créditos (quita); 3º. Cuando el deudor llega a un acuerdo con unos acreedores determinados, oponiéndose otros, y contienden entre ellos cuáles han de ser los privilegiados; 4º. Cuando el deudor convoca a sus acreedores y les cede los bienes, estableciéndose la oportunidad de prelación³⁹.

Mientras tanto en Italia, frente a la concepción imperante hasta entonces que consideraba al quebrado como un defraudador que se le tenía por muerto o se le aplicaba la pena de infamia, se inicia por obra de STRACCCHAE, la diferenciación de tres clases de quebrados en atención a la conducta: a) Los que son insolventes por un hecho derivado de la suerte (*fortuna vitio*). b) Los que llegan a ser insolventes por un hecho propio (*suo vitio*), que comprende a los que organizan su propia quiebra, alterando sus cuentas y contrayendo créditos cuando conocen ya su propio estado de insolvencia, de los que se dice que caen en bancarrota, incurrir en infamia y se les aplica la pena del bando. Y, c) Aquellos cuya insolvencia es el resultado tanto de su propia culpa como de hechos ajenos a su voluntad (*partim fortuna, partim suo vitio*), quienes

³⁹ *ibíd.* p. 59.

también son considerados infames pero se favorece la celebración de un convenio con los acreedores y se admite la revocación del bando.

La doctrina sentada por STRACCHAE, es seguida por otros autores de la época, entre los italianos SCACCIA, ROCCO Y DE ANSALDIS; alemanes MEVIUS, y entre los españoles MATIENZO, AZEVEDO, CORTIADA Y VALERÓN. Sobresaliendo entre los españoles HEVIA BOLAÑOS⁴⁰, quien implementa la clasificación que aún perdura hasta la presente época entre *quebrados fortuitos*, los cuales no pueden ser presos por deudas, no incurrir en pena ni son considerados infames; *los alzados*, es decir los que huyen con sus bienes o los ocultan, contra los que ha de proceder criminalmente por el delito que han cometido e incurrir en la pena de infamia y en la pena de muerte natural de la horca, y los *fraudulentos o culpables*, contra los cuales se debe proceder también criminalmente por el delito que cometen e incurrir en pena de infamia y en la privación perpetua del oficio de mercaderes, cambios, bancos o factores, perdiendo además la condición de nobles si lo eran.

El pensamiento de HEVIA BOLAÑOS tendrá una influencia decisiva en la normativa posterior y también en la doctrina hasta la época de la

⁴⁰ En relación a Juan de Hevia Bolaños, natural de Oviedo, residió en Lima, donde fue empleado de la Real Cancillería; escribió el *Laberinto de comercio terrestre y naval*, y su más famosa obra, *Curia Filípica*, publicada en Lima el año 1613, en la que en los capítulos XI, XII y XIII, se ocupa de los fallidos o quebrados, de la prelación de créditos y de la acción revocatoria, respectivamente. Para más sobre el tema ver: TRIAS DE BES, X., "El derecho concursal en las ordenanzas de Bilbao", *op. cit.* p. 58.

codificación⁴¹. Por otro lado la Ordenanza Francesa de Colbert supone la recepción a nivel jurídico-positivo del derecho medieval italiano en materia de quiebras vigente. Según RENOUARD⁴², el derecho medieval italiano penetra en Francia desde finales del siglo XVI fundamentalmente a través del contrato de cambio por el comercio monetario que se realizaba en las grandes ferias de Champagne y Brie y mediante el establecimiento en Francia de refugiados florentinos que fundarían bancos en Lyon y a los que les serían concedidos grandes privilegios.

La importancia histórica de la Ordenanza Francesa del Comercio de Colbert de 1673 en materia de quiebras es triple: a) Supuso la recepción a nivel jurídico-positivo del derecho medieval italiano en materia de quiebras; b) En el título XI de la Ordenanza, que lleva por título “De las quiebras y bancarrotas”, se sitúa el origen del derecho concursal francés; c) En la Ordenanza Francesa institucionalmente, junto a la quiebra, de un lado se mantenían los convenios solutorios y extrajudiciales, como institutos alternativos a ésta de carácter negociado y, de otro, se configuraron durante el siglo XVII las denominadas moratoria reales (*lettres de répit* francesas o *sursis de payement* belgas), reservadas en su aplicación a comerciantes “buenos pero desafortunados” en situación de dificultad económica transitoria y consistentes en un plazo otorgado por el poder ejecutivo, dado el fortalecimiento de que es objeto

⁴¹ MARTINEZ FLORES, A, *op. cit.* p.52.

⁴² PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.*, p. 72.

durante este periodo, y de carácter no negociado entre deudor y acreedores, como acontecía con relación a los convenios ⁴³.

1.3.3.1 De los Consulados en España.

La figura de los consulados de origen italiano, nació en Pisa durante el siglo XIII, y los objetivos principales que buscaban eran: a) Establecer mecanismos de defensa de los intereses de los comerciantes matriculados en el consulado; b) Disciplinar con carácter general la actividad comercial realizada en el territorio sobre la cual el consulado tiene su competencia; c) Se les dota de autonomía normativa, por ello se constituían en las ciudades donde existía mucho florecimiento comercial.

Bajo este concepto surgen muchas ordenanzas, que en su mayoría no regulaban la quiebra, a excepción de las Ordenanzas de Bilbao de 1737, y las del Consulado de Málaga, en 1824, las cuales veremos a continuación.

1.3.3.1.1. De las Ordenanzas de Bilbao de 1.737.

El 2 de septiembre de 1.737, previo informe del Consejo Supremo de Castilla se expidió la Real Cédula que confirmaba la redacción de las nuevas

⁴³ Para ampliar sobre el tema ver: *ibíd.* p. 72-74, y citado por esta autora BISBAL, “La empresa en crisis y el derecho de quiebras”, Bolonia, 1986, p. 90-93.

Ordenanzas de Bilbao, considerada como uno de los textos legales más logrados y que mayor influencia y difusión han alcanzado en España dentro del Derecho mercantil y aún al derecho en general. Fueron Juan Bautista De Guendica y Mendieta, Luis de Ibarra y Larrea, José Manuel de Gorordo, Antonio de Alzaga, José de Zangronitz y Emeterio de Thellitu, vecinos y comerciantes de Bilbao, quienes, por encargo de la Junta General de Comercio de aquella villa, redactaron en el corto espacio de 15 meses los 29 capítulos de que constan las ordenanzas, con mucha precisión y claridad, siendo una obra genuinamente española del siglo XVIII, tratando temas como la letra de cambio la contabilidad comercial, las compañías mercantiles, los contratos o el tema de las quiebras⁴⁴.

El éxito de las Ordenanzas fue percibido al aplicarse por la costumbre en toda España, hasta la expedición del Código de Comercio Español de 1.829, excepto en Levante donde relativos al Derecho marítimo era preferido el Libro del Consulado de Mar⁴⁵. La Influencia de las Ordenanzas se dio, como se dijo antes, en la redacción por SAINZ DE ANDINO en el Código de Comercio Español de 1.829, y además en el *Code Francés*. Su influencia se extendió por América, y cuando se publicó el citado Código de 1.829, tenían una especie de

⁴⁴ TRIAS DE BES, X., "El derecho concursal en las ordenanzas de Bilbao", *op. cit.*, p. 60.

⁴⁵ Difería a los elogios SEMPERE, quien manifiesta que: "Aun cuando estas Ordenanzas se llaman generales, son en su mayor parte peculiares al tráfico del puerto o ría de Bilbao y de su comercio trato local, por manera que sólo una cuarta parte exactamente puede decirse se halla dedicada a objetos de verdadero interés general". SEMPERE, J., "Historia del derecho español", Barcelona, 1847, p.469.

prioridad y universalidad en los distintos Consulados de España y sus colonias. Así rigieron en Uruguay hasta 1.854, en Chile hasta 1.864, en Paraguay hasta 1.867, en Guatemala hasta 1.873, y el último estado americano que las abandonó fue México, donde siguieron vigentes hasta que se publicó el primer Código de Comercio en 1.884⁴⁶.

Además de la forma sistemática y completa de regulación de la quiebra, se distinguen diferentes regímenes jurídicos de tratamiento de crisis económicas en razón de la condición de comerciante del deudor⁴⁷. En relación al presupuesto objetivo de apertura de la quiebra las Ordenanzas de Bilbao, en su capítulo XVII, bajo el título “De los atrasados, fallidos, quebrados o alzados; sus clases y modo de proceder en sus quiebras”, parecen mantener una línea de continuidad con el Código de las Siete Partidas, empleando una técnica que combina la situación económica de fondo con el establecimiento de sus manifestaciones externas.

En ese sentido se distingue la situación económica de fondo manifestada por el empleo de la expresión “no pudiendo o no queriendo cumplir”, y las manifestaciones externas de esa situación como la cesación de pagos (“pagamentos”), la fuga u ocultación del deudor (“ausentándose y otras

⁴⁶ *ibíd.*, p. 64.

⁴⁷ PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto Objetivo de la quiebra en Derecho Español”, *op. cit.*, p. 75.

refugiándose en las iglesias sin dejar de manifiesto...”)⁴⁸. En el mismo capítulo antes relacionado se menciona en base a la situación económica de fondo el título “De los atrasados, fallidos, quebrados y alzados”. Sus clases y modos de proceder en sus quiebras”, se distinguen tres clases de quebrados: Atrasados, inculpables y alzados, haciéndose depender de dicha calificación los efectos de la quiebra sobre el deudor.

En relación a los atrasados, esta clasificación se hace depender de una situación económica de fondo consistente en la existencia de bienes suficientes, es decir, activo superior a pasivo, de la que manifestación externa es la cesación de pagos, y se introduce un concepto de insolvencia entendida como desbalance, activo menor que el pasivo, concepto tradicionalmente adoptado por el Derecho Español, dejando a un lado el supuesto de iliquidez⁴⁹. Esta situación es denominada también como: “Quiebra fortuita”, y equivale a un atraso y es antecedente a la figura jurídica que surgiría siglos después con el nombre de suspensión de pagos⁵⁰.

⁴⁸ Establece el Capítulo XVII.I de las Ordenanzas de Bilbao que: “...*Por la desgracia de los tiempos e infelicidad o malicia de algunos negociantes, se experimentan muchas veces atrasos, falencias o quiebras en su crédito y comercio, no pudiendo o no queriendo cumplir con los pagamentos de su cargo unos ausentándose y otros refugiándose en las iglesias sin dejar de manifiesto sus libros, papeles y cuentas con la debida claridad...*”. PULGAR EZQUERRA. J., *ibíd.*, p. 76.

⁴⁹ *ibidem*.

⁵⁰ TRÍAS DE BES, X., “El derecho concursal en las ordenanzas de Bilbao”, *op. cit.*, p.67.

Los quebrados inculpables eran aquellos que, por causas no imputables, vean disminuir su activo en relación al pasivo, permitiéndose en estos casos al deudor llegar a un acuerdo con sus acreedores de quita y/o espera. Se diferencia del anterior en el sentido que por circunstancias desgraciadas, carecen de bienes para hacer frente a sus deudas⁵¹. Y los alzados aquellos que conociendo su mal estado, no obstante él, arriesgan los caudales ajenos con dolo y fraude, compran mercaderías a plazos con subidos precios y las venden al contado a menos de su justo valor, y alzándose finalmente. A estos alzados se les ha de tener como infames, ladrones públicos, robadores de hacienda ajena y se les perseguía en proporción de sus delitos⁵².

1.3.3.1.2 De las Ordenanzas de Málaga de 1.825.

Las Ordenanzas del Consulado de Málaga del 30 de junio 1.825 constituyen el último texto de carácter corporativo inmediatamente anterior a la codificación mercantil en el que existe un tratamiento sistemático de todas las materias mercantiles. Nunca llegaron a estar vigentes y son muy importantes porque siguen la pauta del *Code d` Commerce* francés de 1.807 e influirá en el Código de Comercio Español de 1.829⁵³.

⁵¹ *ibidem*.

⁵² *ibidem*.

⁵³ Para ver más sobre el tema consultar: OLABARRI CORTÁZAR Y PELAÉZ, "Tratamiento jurídico de la insolvencia y sus efectos en el Derecho concursal a partir del periodo histórico

Dentro de las novedades distingue cinco clases de quiebra: suspensión de pagos, falencia inculpable, falencia culpable, falencia fraudulenta y alzamiento⁵⁴. Dichas ordenanzas contenían además muchas novedades para la época y específicamente con el presupuesto objetivo de apertura de la quiebra, en el art. 1.043 establecía: “*Todo comerciante que cesa en sus pagos está en estado de quiebra*”, de forma paralela al art. 437 del Código de Comercio Francés Napoleónico de 1.807. Al parecer de algunos autores, este artículo no es muy explícito, y se cuestiona si esa cesación en los pagos es equivalente o no a la insolvencia y no se resuelve si en la cesación de pagos se distingue entre obligaciones mercantiles y civiles⁵⁵. La solución se desprende al complementar el artículo antes citado con el art. 1.050 del mismo cuerpo legal, que atendiendo al elemento causalista nos ilustra al señalar que el cese ha de producirse sin otra verdadera causa que “La falta de fondos para hacerlo”. En conclusión se puede afirmar que las Ordenanzas Malagueñas exigen una insuficiencia del activo para atender al pasivo y un estado patrimonial insolvente de carácter duradero, y por el contrario una pasajera situación de insolvencia que pudiera ser subsanable mediante el recurso del crédito y menos aún, una cesación de carácter voluntaria, a pesar de contar

moderno. Soluciones diferenciadas y nuevas conclusiones, con especial referencia el C. de c. de 1829”, en R.G.L.J. 1982, núm. LXXXV. p. 405 y ss.

⁵⁴ MARTINEZ FLORES, A., *op. cit.*, p.60.

⁵⁵ CORDONES RAMIREZ, M., *op. cit.*, p. 153.

con fondos suficientes para la cobertura de las obligaciones pendientes, harían improcedente la declaración de quiebra⁵⁶.

Por otro lado se afirma que en dicha normativa existen contradicciones, ya que para delimitar el presupuesto de la quiebra, el legislador utilizó el término francés de “cesación de pagos”, no para aludir al hecho externo de la falta de pago con independencia de la situación de fondo identificada con la insolvencia como desbalance. La inclusión de la suspensión de pagos definida en base a la suficiencia de bienes como una clase de quiebra, hace cuestionable que en las Ordenanzas Malagueñas el presupuesto objetivo de apertura de la quiebra sea el desbalance (activo menor que pasivo). Estas contradicciones están relacionadas directamente con el Código Francés e influirá en el Código de Comercio de 1.829, lo que hace surgir el debate doctrinal sobre el presupuesto objetivo de la quiebra⁵⁷.

Este deseo armonizador justificaría el empleo por el legislador del término de “cesación” para designar una situación que trasciende el plano de los hechos y es calificable como insolvencia (situación de fondo) identificada con el desbalance, en línea con las Ordenanzas de Bilbao, en las que se recoge la tradición castellana en materia de quiebras, cuyo origen se sitúa en las Partidas. En conclusión, en esta época se plasma como situación

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto Objetivo de la quiebra en Derecho Español”, *op. cit.*, p. 79.

económica en la actividad mercantil y el descredito alcanzaba incluso el buen nombre del comerciante quebrado y el de su familia.

1.3.4. Las codificaciones y las leyes especiales del siglo XIX.

En el orden político-ideológico, acontece durante esta época la revolución francesa, con su consecuente configuración de una sociedad civil separada del poder político, el racionalismo y el iusnaturalismo. En los aspectos económicos se produce el cambio del comercio a la industria, como un proceso iniciado en Inglaterra en el siglo XVIII y que se extenderá por el continente europeo durante el siglo XIX, por lo que se propugna la economía de mercado originada durante la edad media.

Y en el aspecto jurídico se origina el fenómeno de la codificación, que supone la conclusión del proceso de estatalización de las fuentes de producción normativas iniciadas durante los siglos XVI-XVIII a través de una tarea pre codificadora, así pues, se da de parte de los poderes públicos el codificar el derecho, y se da la separación entre la codificación civil y mercantil, siendo el Código Francés Napoleónico de 1.807 el primer Código que se promulga en el que se contenía una regulación de las relaciones comerciales⁵⁸.

El Derecho concursal en concreto se va a caracterizar en esta época porque el centro de decisión sobre la solución de la crisis (deudor y

⁵⁸ PULGAR EZQUERRA, J., "La declaración del concurso de acreedores", *op cit.*, p. 81-82.

acreedores), los cuales, además decidirán tomando en consideración intereses exclusivamente privados tales como los intereses en el cobro. La función de los órganos públicos dentro de los procedimientos concursales se reducirá, por tanto, a impulsar un marco colectivo procedimental en el que los sujetos privados puedan decidir sobre la solución de la crisis (función solutoria del procedimiento). Además, el Derecho concursal se va a configurar como prevalentemente liquidativo, coherentemente con la idea liberal de autorregulación del mercado, pues éste eliminará por distintas vías, y una de ellas la liquidación, a los sujetos económicos no aptos para actuar económicamente. De esta manera se presenta un instituto concursal solutorio-liquidativo, cuya finalidad es la satisfacción de los acreedores a través de la liquidación del patrimonio del deudor.

Bajo este contexto se configura un sistema de convenios de carácter conservativo integrado por convenios preventivos (judiciales/ extrajudiciales) y no preventivos (solutorios) junto a la quiebra como instituto concursal liquidativo, lo que determina el dualismo institucional concursal típico del siglo XIX. La conservación en este marco se presenta, no como un fin, sino como un medio a través del cual los convenios persiguen lo que constituye la finalidad última del instituto, la satisfacción de los intereses de los acreedores, y no una finalidad de conservación de la empresa.

Lo anterior hace concluir que ambas formas, liquidativa de la quiebra y conservativa del convenio, tienen la identidad solutoria, y que los presupuestos

objetivos de ambos son coincidentes. Lo que determinara la aplicación de cualquiera de las dos opciones será la condición subjetiva del deudor.

Así pues, al parecer de GONDRA, el derecho concursal del siglo XIX se puede calificar como el derecho concursal del comerciante-empresario y no de la empresa, siendo preciso esperar hasta el siglo XX para que con la reforma francesa de 1.967 se produzca la separación hombre-empresa y el consiguiente tránsito de un derecho concursal del empresario a un derecho concursal de la empresa en que la suerte de la segunda esté unida sólo a condiciones económicas o intereses públicos en la conservación de empresas, que serán los determinantes de la liquidación o conservación de éstas⁵⁹.

De esta manera los principios de política jurídica varían de conformidad con los distintos ordenamientos insertos en el área de economía de mercado occidental, en relación a la delimitación del presupuesto objetivo de apertura de los institutos concursales, por ejemplo la técnica característica del Código Francés Napoleónico de 1.807, que sustantiva el hecho externo de la cesación de pagos y que ejerció una notable influencia durante el siglo XIX sobre los ordenamientos del bloque jurídico latino (España, Bélgica, Portugal, y Derecho Italiano de los Códigos de Comercio, así como sobre la primitiva codificación Alemana), y por otra parte lo que establece una situación económica de fondo

⁵⁹ *ibid.*, p. 85.

(insolencia) en combinación con un sistema de *Numerus clausus*, como acontece en los derechos Inglés y Americano ⁶⁰.

⁶⁰ *ibíd.*, p. 86.

Capítulo II

La codificación española y su consecuente reforma en materia concursal.

2.1. Primeros antecedentes.

2.1.1. El Código de Comercio Español de 1.829.

2.1.2. El Código de Comercio de 1.885, y sus modificaciones posteriores.

2.2. Antecedentes de la actual reforma concursal española.

2.2.1. El Anteproyecto de la Ley Concursal de 1.959.

2.2.2. El Anteproyecto de la Ley Concursal de 1.983.

2.2.3. La propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1.995.

2.3. La Ley Concursal de 2.003.

2.3.1. Principios de política jurídica informadores de la reforma concursal.

2.3.1.1. Principio de unidad legal.

2.3.1.2. Principio de unidad de sistema o de procedimiento.

2.3.1.3. Principio de unidad de disciplina o subjetiva.

2.3.2. Intereses tutelados y característicos del proceso concursal español.

2.3.2.1. La satisfacción de los acreedores en el marco de la continuación de la actividad y la conservación de la empresa.

2.3.2.2. La *par conditio creditorum* y la reducción de privilegios.

2.3.2.3. Principios de celeridad y flexibilidad.

Capítulo II.

La codificación española y su consecuente reforma en materia concursal.

2.1. Primeros antecedentes.

2.1.1. El Código de Comercio Español de 1.829.

El Código de Comercio Español de 1.829, fue promulgado el 10 de mayo de 1.829, por Fernando VII, y surgió como el primer Código de Comercio Español, obra del jurista SAINZ DE ANDINO y en el cual se puede percibir la influencia de los Consulados, desde finales del siglo XVIII, hasta su desaparición, así como del Código Francés de 1.807, aunque esta influencia francesa ha sido discutida por varios autores⁶¹.

En dicho Código el tema de las quiebras era tratado en una forma completa en el libro IV, bajo el título “De las quiebras”, y trataba tanto los aspectos sustantivos como procesales⁶². Regulaba el instituto de la quiebra como los convenios solutorios o convenios insertos dentro de la quiebra como

⁶¹ Vid. GARRIGUES, J., *op. cit.*, p. 381.

⁶² *Ibidem*.

solución de ésta, sin contemplarse el convenio preventivo que no se regulo sino hasta el Código de Comercio de 1.885⁶³.

En este Código la quiebra se define como un procedimiento predispuesto para las crisis económicas del comerciante, así mismo aparece por primera vez como una clase de quiebra la suspensión de pagos, entendida como una moratoria que puede solicitar el comerciante que manifiesta tener “bienes suficientes para cubrir todas sus deudas”, el cual con el tiempo se fue convirtiendo en un procedimiento autónomo y distinto de la quiebra, lo que comenzó a gestarse dentro de las suspensiones de pagos y quiebras de compañías ferrocarriles y concesionarias de obras públicas y luego con el Código de Comercio de 1.885, para todos los comerciantes y sociedades mercantiles ⁶⁴.

Es importante resaltar algunos aspectos importantes de este Código tales como el hecho de que desaparece de la terminología legal la palabra “concurso”, y reaparece en el título XI de la Ley de Enjuiciamiento de 1.855. La

⁶³ Para los efectos de ampliar el tema y tratando lo relativo al paralelismo entre el Derecho Español y los ordenamientos de Derecho comparado, especialmente lo relativo a la “quiebra de primera clase”, que no es regulada en otros ordenamientos jurídicos ver: PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.*, p.87-88.

⁶⁴ ROJO, A., “Regulación Jurídica de la Insolvencia: La Legislación Concursal”, *op. cit.* p. 906, sobre el tema ver también: HERNÁNDEZ MARTÍ, J., “Presupuesto objetivo del concurso y fundamento de la solicitud”, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 2009, p. 17-18.

cesión de bienes hecha por comerciantes se considera siempre como quiebra⁶⁵.

Así mismo, surge la clasificación de cinco clases de quiebras: Suspensión de pagos, insolvencia fortuita, insolvencia culpable, insolvencia fraudulenta y alzamiento, y trata de superar un sistema subjetivo basado en el principio de culpabilidad para acoger uno objetivo, fundado en el mero incumplimiento de las obligaciones.

En relación al presupuesto objetivo de apertura de la quiebra, se emplea una técnica similar a la de las ordenanzas de Bilbao y Málaga, los que a su vez se basaban en las partidas, definiendo la insolvencia como desbalance, es decir activo menor que pasivo, lo que se manifiesta en la cesación de pagos como manifestación externa⁶⁶.

Por otro lado en el artículo 1.025 del Código de Comercio de 1.829, se establecen las manifestaciones externas del sobreseimiento en los pagos, por lo que se puede afirmar que en la legislación española de la época se utilizaba

⁶⁵ GARRIGUES, J., *op. cit.*, p. 381.

⁶⁶ El art. 1.001 del Código de Comercio de 1.829 establecía que: "...Se considera en estado de quiebra a todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones...", en forma paralela el artículo 437 del Código de Comercio Francés de 1807, establece: "todo comerciante que cese en sus pagos está en estado de quiebra". PULGAR EZQUERRA, J., "El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español", *op. cit.*, p.80.

el sistema de “*numerus clausus*” de manifestaciones externas⁶⁷. Surgen varios presupuestos de apertura del procedimiento, dependiendo de los sujetos que solicitan la declaración, tratándose si son los acreedores, en quiebra involuntaria, en la cual debe haber existencia de ejecuciones en contra del deudor y una insuficiencia de bienes, y por otro lado si lo solicita el propio deudor, quiebra voluntaria, en el que bastará con la sola petición del deudor para que se declare la quiebra.

2.1.2. El Código de Comercio de 1.885, y sus modificaciones posteriores.

El contexto histórico en el que surge el Cdc de 1.885 y lo que atañe a la reforma concursal, tiene como antecedentes en el momento en que la ideología liberal triunfa en España, durante el llamado “Trienio liberal”, de 1.868 a 1.870, de esta manera por decreto de 20 de septiembre de 1.869 se creó una comisión encargada de reformar el Código de Comercio español de 1.829, sin embargo a pesar de haberse elaborado un proyecto de bases, dichas reformas no prosperaron, sino hasta que se creó concretamente una el 1 de marzo de 1.881 que elaboró las reformas respectivas que fueron aprobados el 22 de agosto de 1.885 y que entro en vigor a partir del 1 de enero de 1.886⁶⁸.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ En relación a la comisión se puede consultar: ESTASEN, “Suspensión de pagos y quiebras”, Madrid, 1.899, pp. 104, 105. También en: OLIVENCIA, “La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio”, en Centenario del Código de Comercio, Madrid, 1.986, pp. 362-364.

Dentro de las características que sobresalen a este nuevo cuerpo normativo destacan que no se hizo una reforma institucional del Código de 1.829, es decir no se reformó la parte sustantiva, sino más bien se dio una actualización ideológica. Esencialmente se introduce el instituto de la suspensión de pagos, no regulado como procedimiento autónomo hasta ese momento, de esta manera continuó vigente el procedimiento adjetivo contenido en el Cdc de 1.829.

El marco institucional concursal del Cdc de 1.885 y leyes especiales, lo componen la quiebra como instituto liquidativo de ejecución patrimonial universal y un sistema de convenios, como instituto de carácter conservativo que se encuentra integrado de un lado por los convenios solutorios, es decir convenios insertos dentro de la quiebra como solución a ésta, y se configura la modalidad del convenio preventivo judicial como procedimiento autónomo y alternativo a la quiebra con la denominación de “suspensión de pagos”, el cual fue modificado posteriormente⁶⁹.

En este sentido, la Ley de 10 de junio de 1.897, reformó el Cdc de 1.885 en gran parte como consecuencia del desajuste normativo que entrara en vigor primero la normativa adjetiva que la sustantiva, y además esta reforma tenía como finalidad reducir los abusos a que había dado lugar el régimen del Cdc de 1.885 en su redacción originaria en especial con la delimitación del presupuesto de apertura de la suspensión de pagos y el marco de relaciones

⁶⁹ *ibid*, p. 91;

con la quiebra, siendo este motivo para que las reformas introducidas se centraran en ese ámbito⁷⁰.

Dentro de las notas que caracterizaron esta etapa de la reforma concursal española es que existía una identidad de presupuestos objetivos entre la Quiebra y la Suspensión de Pagos, pudiendo ser declaradas ambas con independencia de la existencia de bienes suficientes, situándose el ámbito de aplicación específico de la suspensión de pagos frente a la quiebra, en aquellos supuestos en que no existiendo todavía un incumplimiento por el deudor de sus obligaciones pero que es previsible que éste se produzca.

Esta situación provocó “escapar de la quiebra”, por la suspensión de pagos a comerciantes culpables y fraudulentos, al no condicionarse el ámbito de aplicación de este instituto a deudores a los que la crisis no les era imputable, prefiriendo los acreedores aceptar un convenio cuyo contenido podía consistir en quitas y/o esperas aun cuando fueran sin limitación de tiempo o cantidad por el principio de libertad en el contenido del convenio, que esperar en la quiebra en la que las posibilidades de los acreedores de satisfacer sus créditos se reducían en un alto porcentaje, lo que se vio

⁷⁰ En este sentido el artículo 870 del Código de Comercio de 1.885, establecía en su redacción originaria que: *“El que poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, prevea la imposibilidad de efectuarlo a la fecha de sus respectivos vencimientos y el que carezca de recursos para satisfacerlas en toda su integridad, podrán constituirse en estado de suspensión de pagos que declarará el juez o tribunal en vista de su manifestación”*; así mismo, el artículo 871 añadía que: *“También podrá el comerciante presentarse en estado de suspensión de pagos dentro de las 48 horas siguientes al vencimiento de la obligación que no haya satisfecho”*.

compensado al modificar dichas normas con la Ley de 10 de junio de 1.897, en los artículos 870 y 871 haciendo desaparecer del primero de ellos la frase: “Y el que carezca de recursos para satisfacer (sus deudas) en toda su integridad”. Además añadiendo en el artículo 871 “también podrá el comerciante que posea bienes suficientes para cubrir todo su pasivo, presentarse en suspensión de pagos dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de una obligación que no haya satisfecho”, siendo el objetivo, crear un nuevo marco de relaciones entre la quiebra y la suspensión de pagos basados en diferentes presupuestos de apertura, y reservar la suspensión de pagos solamente a supuestos de existencia de suficiencia de bienes, y además se limitó el contenido a esperas no superiores a tres años, suprimiéndose la posibilidad de quitas o rebajas⁷¹.

La diferencia con otros sistemas concursales de la época radicaba en que la suspensión de pagos continúa sin limitarse a deudores “buenos pero desafortunados, por otro lado, la Ley de 1.897, remitía a una futura ley especial sobre suspensión de pagos que no se promulgó hasta 1.922, lo que tenía solamente un carácter procesal y no sustantivo, que era el objetivo originario del proyecto de Bertrán y Mussitu presentado a las Cortes el 20 de marzo de 1.922, lo que se dio dentro de un contexto de crisis económica existente en España durante los años 1.920-1.921, específicamente con la crisis del Banco de Barcelona, situación que se puede confirmar según varios autores sobre la

⁷¹PULGAR EZQUERRA, J., “ El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español”, *op. cit.*, p. 93. OLIVENCIA, “La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio”, *op. cit.* p. 365.

base de la Disposición adicional 1ª que como excepción al art. 3 del Cc que establece con carácter general la irretroactividad de las leyes, prevé la aplicación retroactiva de esta Ley, modificando los preceptos del código relativos a la suspensión de pagos que se revelaron insuficientes para salvar aquella situación de crisis concreta, lo que provocó muchas críticas y debates, ya que se omitió la cláusula derogatoria de todas las disposiciones que se opusieran a esta Ley⁷².

Como consecuencia de esta omisión se estimaba que su duración fuera por cuatro años, es decir, el tiempo que se esperaba tardaría la crisis del mencionado Banco, sin embargo, se extendió hasta la aprobación de la Reforma Concursal española en Julio del año 2.003⁷³.

2.2. Antecedentes de la actual reforma concursal española.

Hasta el momento histórico descrito anteriormente, se puede observar que no se da un nuevo planteamiento en cuanto a los principios de política jurídica inspiradores del Derecho Concursal, como se había producido en otros sistemas como en el norteamericano y otros países de Europa, conservándose dentro de la legislación concursal española principios privatistas, propios de la codificación decimonónica.

⁷²PULGAR EZQUERRA, J., “ El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español”, *op. cit.* p. 95.

⁷³ *ibíd*, p. 96.

Como consecuencia de esta desactualización se conserva una pluralidad legislativa que provoca dispersión y anacronismo normativo, a lo que se le debe añadir que en materia sustantiva concursal coexistían otras normativas en relación a determinados sectores, entre ellas: Régimen de suspensión de pagos y quiebras de compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas, Ley 12-XI-1.869, entre otros artículos referentes a esta materia; Régimen sobre intervención de empresa de carácter administrativo en el límite de la concursabilidad y la paraconcursabilidad, entendidas como medidas de intervención en situaciones de crisis económicas; Ley sobre incautación e intervención estatal de empresas Ley de 1-IX-1.939; Normativa sobre régimen de administración judicial de empresas embargadas que surgió a raíz del “caso Matesa”, este régimen fue establecido por el Decreto Ley de 20-X-1.969 y que fue derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7-I-2.000; y, los procedimientos especiales en la reconvención industrial contenidos en Real Decreto-Ley de 30-XI-1.983, y Ley de 26-VII-1.984, Ley sobre incautación e intervención estatal de empresas que incluían articulado para intervención pública, entidades de crédito, entidades aseguradoras y en materia de transporte, que se regulo entre otros en los artículos 26 a 37 de la Ley de 8-XI-1.995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; normativa concursal paraconcursal bancaria de entidades aseguradoras y fondo de garantía de inversiones previsto en el artículo 77 de la Ley de 16-XI-1.998, de reforma de la Ley del Mercado de Valores. .

Como puede observarse en esta dispersión normativa se daba una separación entre normas adjetivas y sustantivas, lo que llevó a una falta de

sistema procesal y sustantivo y coadyuvaba en crear inseguridad jurídica al no estar dichas normas acordes con la realidad regulada. En relación a la situación concursal de ese momento, algunos autores opinaban que, como consecuencia de los señalados defectos, caracterizaba al Derecho Concursal Español una desesperante lentitud y un elevado coste de los procedimientos concursales, que generaba perversiones en el sistema en el que se propiciaban soluciones a las crisis económicas al margen del marco normativo vigente ⁷⁴. De esta manera se vislumbraba desde entonces la reforma en profundidad de manera de propiciar cambios integrales en la normativa concursal Española.

2.2.1. El Anteproyecto de la Ley Concursal de 1.959.

En el año de 1.956, se da uno de los primeros intentos serios de reforma concursal, cuando el Gobierno Español encargó al Instituto de Estudios Políticos la redacción de un Anteproyecto de Ley Concursal, que fue precedido por el maestro GARRIGUES y que concluyó con el anteproyecto de Ley concursal de 1.959, no publicada ni tramitada por razones políticas de alcance internacional y específicamente por la influencia de la quiebra de la Barcelona Traction Light & Power (BT) que terminó en un litigio entre Bélgica y España ante el Tribunal Internacional de Justicia de la Haya⁷⁵.

⁷⁴ PULGAR EZQUERA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op.cit.* p.128 ss.

⁷⁵ OLIVENCIA RUIZ, “Reforma concursal española y doctrina española”, RCP, N°. 1, Madrid, 2.004. pp. 22, 23. El Caso Barcelona Traction fue un litigio internacional que tuvo lugar entre la compañía Barcelona Traction, con domicilio social en Toronto, Canadá, y operada en España.

El principal mérito de dicha propuesta radica en que se contemplaba por primera vez la regulación conjunta, sustantiva y procesal, de las instituciones concursales, para comerciantes y no comerciantes, y se mantenía la dualidad de procedimientos en función de los diversos supuestos objetivos que determinaba la de sus respectivas soluciones: la liquidación y el convenio, además diferenció del concurso la institución del concordato, reservando exclusivamente a los deudores de buena fe que, poseyendo bienes bastantes para cubrir todas sus deudas, no hayan cesado de una manera general en el

El gobierno de España, en la década de los años 1.960, incrementó las dificultades para operar en España a las empresas extranjeras, lo cual hizo perder dinero a los accionistas de la compañía (de nacionalidad belga), por lo que intentaron reclamar al estado español a través de la Corte Internacional de Justicia. La Corte dictaminó a favor del Estado español, manteniendo que sólo podía demandar el estado de quien era nacional la compañía (en este caso, Canadá). Este caso entre Bélgica y España sembró un importante precedente en el Derecho internacional, puesto que determinó que la nacionalidad nominal de una compañía primaba sobre su nacionalidad efectiva (en este caso, la compañía era formalmente canadiense, pero de facto se trataba de una compañía de capital belga). También es importante por el hecho de que sentó la base, según la cual, la protección diplomática de un Estado bajo Derecho internacional público afecta no solamente a los individuos, sino también, a las personas jurídicas. La demanda incoada ante la CIJ el 19 de junio de 1.962, tuvo su origen en la declaración de quiebra en España de la Barcelona Traction, una sociedad constituida en Canadá. Su objeto era la reparación de los perjuicios, que, según la tesis de Bélgica, habían sufrido nacionales belgas, accionistas de dicha sociedad, debido a actos, supuestamente contrarios al derecho internacional que habían cometido respecto a esa sociedad ciertos órganos del Estado español. La corte resolvió que Bélgica carecía de *jus standi*, para ejercitar la protección diplomática de los accionistas de una sociedad canadiense respecto de las medidas adoptadas contra esa sociedad en España. Se puede ver también: GARRIGUES, A., "Dictamen sobre la quiebra de la Barcelona Traction Light and Power", Madrid, 1.956; SUREDA, J., "El caso de la "Barcelona Traction", Grafesa, Barcelona. 1.959. ALCALDE, R., "El caso Barcelona Traction. Política i capital en el final de la Canadencia, tesis doctoral inédita, Universitat de Barcelona, 2.004.

pago corriente de sus obligaciones y prevean la imposibilidad de satisfacerlas en las fechas de sus respectivos vencimientos. Es pertinente resaltar que suprimió la declaración de retroacción, que se sustituye por una amplia serie de acciones de impugnación y que introdujo una sindicatura más profesional y tecnificada, en detrimento de las arcaicas figuras del Comisario y del Depositario⁷⁶. La propuesta se archivó debido a que la mayoría de la sección encargada estuvo en contra de la reforma.

2.2.2. El Anteproyecto de la Ley Concursal de 1.983.

Antes de surgir el Anteproyecto de Ley concursal de 1.983, se dieron varios infructuosos proyectos, de los cuales entre los más importantes se puede mencionar el del año de 1.975 cuando la Secretaria General Técnica del Departamento de Justicia presentó un proyecto, sin embargo este no prospero por la crisis ministerial de 1.975.

Otro intento de reforma surgió al darse por cerrado el caso de la Barcelona Traction en la sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de codificación precedida por GARRIGUES en 1.976, del cual se redactó incluso en borrador, sin embargo tampoco prospero. A continuación, en 1.978 se da una nueva etapa en la reforma concursal por la creación por orden ministerial de 17 de marzo de 1.978 de la Comisión General de Codificación,

⁷⁶ GADEA, E., *op. cit.*, p. 28.

ponencia especial para la redacción de las bases de un anteproyecto de ley concursal cuyo resultado fue el anteproyecto publicado en 1,983 en consonancia con el contexto europeo⁷⁷. Dicho trabajo se basaba en principios innovadores como lo son la unidad legal, de disciplina y de sistema, de esta manera se contempla un único procedimiento con diversas soluciones: El convenio, la liquidación y la gestión controlada, y el punto de partida del proyecto, tal y como se da en la actualidad, surge de la unidad de sistema que se plantea en tres cuestiones:

- a) Unidad legislativa, ya que un solo texto legal abarcará todos los aspectos sustantivos y procesales del fenómeno concursal.
- b) Unidad de Disciplina, pues un solo régimen jurídico será aplicable a toda clase de deudores, empresarios y no empresarios.
- c) Unidad de Procedimiento, ya que frente a la pluralidad de procedimientos concursales (suspensión de pagos y quiebra; quita y espera y concurso) se instrumenta uno sólo para toda clase de crisis económica⁷⁸.

⁷⁷ Tal y como se dio en Francia con el *Loi Sur Redressement et Liquidation Judiciaire de 1.984*.

⁷⁸ En esta etapa es importante de resaltar que en el derecho comparada se dan varios hechos que influyen para que en España se acometan cambios más profundos en la materia, por ejemplo: El 6 de noviembre de 1.978 se promulga en los Estados Unidos el nuevo título 11 de Código, "Quiebra" que sustituye a la ley de 1.898, ampliamente modificada en 1.938. El 30 de enero de 1.979 se dicta en Italia el D.L. sobre "Administración extraordinaria de grandes empresas en crisis, convertido en Ley por la de 3 de abril del mismo año, que añade un nuevo procedimiento concursal al cuadro clásico contenido en la *Legge Fallimentare* de 1.942. En el Boletín Oficial de la República de Austria de 22 de julio de 1.982 aparecen dos leyes federales la número 370 *Insolvenzrechtsänderungsgesetz*, que modifica las Ordenanzas Imperiales de 10 de diciembre de 1.914 sobre convenio y sobre concurso; En Chile por Ley número 18175, de 13 de octubre de 1.982 modifica su Ley de Quiebras y Argentina también reforma por quinta

Por otro lado, se articula la flexibilidad del sistema, ya que se parte del presupuesto de “crisis económica”, que es considerado como un concepto meta jurídico al enumerar un conjunto de “hechos”, a través de los cuales se manifiesta o exterioriza la situación de crisis, que no tiene por qué ser insolvencia, es una solución que permite que un procedimiento concursal se ponga en marcha en cuanto una “señal de alarma” denuncia el desarreglo patrimonial⁷⁹.

En este sentido las modalidades concursales se presentan como un medio para curar enfermos, y no como un simple expediente para enterrar cadáveres, buscando soluciones escalonadas que relegan la liquidación en último lugar. El concurso no trata ya de despedazar el patrimonio del deudor sino salvarlo, sobre todo cuando se deben conservar unidades productivas, cuyo desmembramiento lesiona intereses del estado, de los trabajadores, de los terceros y del propio titular y hasta de los acreedores. Como consecuencia impera la idea de que la quiebra “no es sólo la peor forma de destruir valor, sino el más costoso procedimiento de liquidación de deudas”. Este proyecto no prosperó debido a la falta de voluntad política para hacer frente y asumir las críticas alentadas por intereses corporativistas.

vez la Ley de Concursos 19551 de 1.972, entre otros países que también pasaron por la línea de reformas en materia de Quiebras Concursos, entre ellos Reino Unido, Alemania, Francia, Grecia, Suiza, Portugal. OLIVENCIA RUIZ, M., “Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho Español y en el Derecho comparado”. En: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal. V.V.A.A. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 1.985. Madrid. p.p. 29-36.

⁷⁹ GADEA, E., *op. cit.*, p. 30.

2.2.3. La propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1.995.

En el año de 1.987 se intentó de nuevo implementar una reforma concursal con el Anteproyecto de Ley de Bases por la que se delegaba al gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre el Concurso de acreedores, así como el intento de actualización y revisión del Derecho Concursal español acometido en 1.992 que el ministerio de Justicia encomendó a la misma ponencia que redactó el anteproyecto de 1.983⁸⁰.

En 1.994 el Ministerio de Justicia publica los criterios básicos para la elaboración de una propuesta de Anteproyecto de ley concursal cuyo desarrollo se encomendó por la Comisión General de Codificación al profesor Ángel Rojo, quien materializaría sus trabajos en la propuesta de Anteproyecto de 1.995 concluida el 12 de diciembre de 1.995 y publicada por la secretaria general técnica con fecha 15 de febrero de 1.996.

El 17 de diciembre de 1.996, la ponencia especial designada emitió informe sobre los textos presentados, sin embargo, la propuesta no logró ser revisada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, dado que la nueva Ministra de Justicia, Margarita Mariscal de Gante, decidió constituir una Sección especial para la reforma concursal en el seno de la Comisión General de Codificación, sección a la que le fue

⁸⁰ PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español”, *op. cit.* p. 134.

encomendada una nueva Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal y de Ley Orgánica para la Reforma Concursal ⁸¹.

Dentro de las características de esta propuesta resalta que se mantienen los principios de unidad legal y de disciplina, no así el de unidad de procedimiento, ya que se vuelve a introducir la dualidad entre el concurso de acreedores y la suspensión de pagos sobre la base de la diferencia entre insolvencia e iliquidez, siendo que la suspensión de pagos se diferenciaba a la anterior a que se daba un procedimiento desjudicializado reservado para los deudores solventes y de buena fe.

Por otro lado se buscaba la flexibilidad del sistema, ya que tal como lo explica el Profesor ROJO, se trataba de alcanzar el mismo objetivo que en el anteproyecto de 1.983⁸², que la apertura del juicio universal tuviera lugar en tiempo oportuno, que parte desde el concepto de insolvencia facilitando al acreedor la prueba de esa insolvencia que se definía como el estado en que el

⁸¹ ROJO, A., "La reforma del Derecho Concursal Español", Madrid, 2.003, pp. 91-92.

⁸²Dicho anteproyecto fue de vital importancia por su propuesta llena de novedades que hoy mismo son una realidad y que ha servido de base para lograr el objetivo de la Reforma Concursal, ya que entre otras cosas trataba los temas de los principios del Derecho Concursal que ya se trató en apartados anteriores, y además sobre los convenios, y se señalaban problemas que hoy se han superado como lo son: La dispersión de normas, la antigüedad de las mismas y la lentitud y el costo de los procesos concursales existentes hasta esa fecha. VACAS MEDINA, L., "La Reforma del Derecho Concursal español". En: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal". *op. cit.* p.p. 47-56.

deudor “por insuficiencia de bienes propios o por falta de crédito, se encuentra en la imposibilidad de cumplir puntualmente sus obligaciones”⁸³.

La definición de insolvencia es muy amplia en esta propuesta y es complementada por las presunciones de la insuficiencia de bienes propios en el caso de que existan embargos por ejecuciones pendientes que afecten la totalidad o la mayor parte del patrimonio del deudor y se presume también la falta de crédito cuando el acreedor, tal como lo enuncia el artículo 3 de dicha propuesta: “instante fuera titular de uno o más créditos que hubieran vencido , al menos, tres meses antes de la presentación de la solicitud del concurso”, lo que se pretende es facilitar las solicitudes de apertura del procedimiento de los acreedores, ya que en todo caso tienen constancia de que no han cobrado su crédito, en este caso no existía riesgo de someter a concurso a deudores que no fueran insolventes, porque la presunción podía ser desvirtuada por el deudor en la “fase previa” a la declaración concursal.

La modalidad concursal se da como se ha dicho, junto con el concurso de acreedores, el procedimiento de suspensión de pagos, y con el que se pretende tratar las situaciones que no son de insolvencia sino de simples dificultades para el pago. Según la propia exposición de motivos de dicha

⁸³ Este proceso estuvo basado en el Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência português de 1.993 (artículo 3), aunque con una diferencia: en el Derecho Portugués se establece como presupuesto objetivo la situación de insolvencia, caracterizada por la “insuficiencia de medios propios y por la falta de crédito”, mientras que la propuesta española de 1.995 sustituía la conjunción copulativa por la disyuntiva, cambiando, en el sentido más favorable para el acreedor, la configuración del presupuesto objetivo de la declaración judicial del concurso de acreedores: GADEA, E., *op. cit.*, p. 33.

propuesta, lo que se busca es encontrar un equilibrio entre las concepciones clásicas y modernas sobre lo que debe de ser la legislación concursal, siendo principalmente su finalidad la satisfacción de los acreedores, pero con la opción siempre de llegar a convenios de continuación, independientemente de la conducta del deudor, por consiguiente se da una clara preferencia por la vía conservativa (convenio), condicionándose a su fracaso la liquidación.

En este sentido el deudor, independientemente de su actuar pasado puede acudir ante el Juez del concurso con dos meses de antelación antes de celebrar la junta de acreedores con una o varias propuestas de convenio acompañadas de un plan de continuación o de liquidación.

Así pues, la solución liquidativa está reservada para los casos en que fracasa la solución conservación, en los casos siguientes: Cuando el deudor así lo pida en la solicitud de declaración de concurso o en la comparecencia previa, en caso de falta de presentación o de aceptación de la propuesta del convenio, en caso de falta de aprobación judicial del convenio y en caso de incumplimiento del convenio.

2.3. La Ley Concursal de 2.003⁸⁴.

La reforma al Derecho Concursal Español tiene éxito a partir de los trabajos de la subsección especial para la Reforma Concursal creada por orden del Ministerio de Justicia de 23 de diciembre de 1.996, por la Comisión General de Codificación bajo la presidencia del Profesor OLIVENCIA, cuyo trabajo final se concluyó en marzo de 2.000 lo que dio lugar al Anteproyecto de Ley Concursal de 7 de septiembre de 2.001 y al Anteproyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal de 5 de septiembre de 2.001, origen de la Ley Concursal 22/2.003 de 9 de julio para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley orgánica 6/1.985 de 1 de julio del poder judicial, y con cuya aprobación por las Cortes Generales españolas culmina finalmente con éxito la esperada reforma del Derecho Concursal Español. Como parte del éxito de la reforma concursal se resalta el clima de debate conseguido con la materia y su amplio margen de aprobación parlamentaria, destacando también el elevado nivel técnico de las

⁸⁴ La Ley Concursal Española ha sido objeto de reformas muy importantes: 1. Real Decreto Ley 3/2.009 de marzo de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. 2. Ley 38/2.011 de 10 de octubre, de reforma de la ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal. 3. Ley 14/2.013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; 4. Real Decreto-ley 4/2.014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. 5. RDL 11/2.014, de 5 de septiembre, sobre medidas urgentes en materia concursal; 6. Ley 17/2.014 de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; 7. RDL 1/2.015 de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; y más recientemente, 8. Ley 9/2.015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. 9. Ley 25/2.015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

comisiones nombradas y de las enmiendas presentadas por los distintos grupos parlamentarios⁸⁵.

La reforma se encuentra basada en la unidad legal, de disciplina y del procedimiento, con la finalidad de la satisfacción a los intereses crediticios de los acreedores, todo esto dentro de un marco de conservación de empresas y prevención de crisis económicas y la prosecución efectiva del principio clásico de la *par conditio creditorum*, en un marco de celeridad procesal que busca reducir los plazos en los procedimientos concursales⁸⁶.

⁸⁵ PULGAR EZQUERRA, J., “Algunas consideraciones en torno a la entrada en vigor de la nueva legislación concursal (Ley 22/2003 y LORC 8/2003, de 9 de julio)”, Diario La Ley Nº. 6094, lunes 27 de septiembre de 2004.

⁸⁶En este sentido se dice que: “...Los principios clásicos del derecho concursal español se pueden definir como: 1. Principio de universalidad, celeridad-flexibilidad procedimental; principio *par conditio creditorum*; de seguridad jurídica y el principio de unidad legal, de sistema y de disciplina. En cuanto a la unidad en un cuerpo legal se construye y desarrolla una fase estructura con presupuesto comunes denominada fase ordinaria que va desde la solicitud hasta la delimitación del inventario de bienes- activo y lisa de acreedores-pasivo, y que en función del informe de la administración concursal podrá dirigirse hacia la realización de alguna de las dos vías alternativas, que proporciona la fase de convenio continuación/conservación de la empresa o bien, fase de liquidación-liquidación/desaparición del ente empresarial. estamos ante una unidad de sistema, toda vez que en un único procedimiento común aparecen diferentes soluciones, recogidas en en una única norma donde los aspectos procesales y materiales aparecen contemplados en dicha norma, con independencia de las diferentes modificaciones habidas...”, CANDELARIO MACÍAS, M., “Lecciones de Derecho Concursal”, Ed. Tecnos (Grupo Anaya, S.A.) Madrid. 2012, pp.24, 25.

2.3.1. Principios de política jurídica informadores de la reforma concursal⁸⁷.

El principio primordial y básico del Derecho Concursal Español actual es el de unidad que se manifiesta en tres dimensiones: La unidad de sistema o de procedimiento, de unidad legal y de unidad de disciplina o subjetivo, siendo el reflejo de las tendencias generalizadas en el derecho comparado, tal y como se desprende de las reformas concursales en países del entorno de España, tales como la Ley 85-98 de 25 de enero de 1985 en Francia; las Ordenanzas sobre insolvencia (*inzolvvenzordnung*) de 1994, de Alemania; y, la Ley num. 53/2004, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Código de Insolvencia y Recuperación de empresas de Portugal, por esta razón veremos más detallado cada uno de estos principios a continuación para comprender su alcance y contenido.

⁸⁷ Al respecto es importante mencionar que los principios que se enumeran y se estudian y que hoy enmarcan la legislación española surgieron dentro de un marco de derecho comparado y que en términos generales se refiere a lo que es: La unidad del procedimiento, el supuesto objetivo del concurso, la atenuación de los efectos sobre el deudor y su patrimonio, la consideración de los acreedores y de otros intereses y su repercusión sobre los órganos del concurso así como las dimensiones internacionales del concurso. OLIVENCIA RUIZ, M, "Planteamiento de la reforma concursal", En: "Estudios sobre el anteproyecto de ley concursal", *op. cit.* p. 40.

2.3.1.1. Principio de unidad legal.

El principio de unidad legal se refiere a que en un solo texto se regulen los aspectos procesales y materiales, y es entendido también como una opción de política legislativa que determina la regulación en un solo cuerpo normativo de aspectos materiales y procesales, siendo esto una novedad ante la bifurcación y pluralidad legislativa que era característica de la codificación del siglo XIX que rompía la unidad de la materia concursal⁸⁸. Las excepciones a esta unidad legal son debatidas en la doctrina, ya que se dice que existe la excepción de las normas que por su naturaleza han exigido el rango de Ley Orgánica y de la legislación concursal especial dictada para las crisis de las entidades de crédito, de inversión y de seguro⁸⁹.

Por otro lado doctrinalmente se plantea el tema en relación a las disposiciones que reforman la Ley concursal y forman parte de ella, al aplicarse a determinados sectores, lo que hace cuestionable que toda normativa sustantiva, adjetiva e internacional en torno al Concurso, se encuentre contenida en la LC, por lo que se hace necesario rastrear los Boletines

⁸⁸ A este respecto puede verse con más amplitud: PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.*, p. 140-145. Por otro lado se dice que la unidad se manifiesta también en otros aspectos, como la “unidad de denominación”, la “unidad de presupuesto objetivo” o la “unidad jurisdiccional”, OTERO LASTRES, J., “Reflexiones sobre el principio de “unidad” en la nueva Ley Concursal”, En: Aspectos de la nueva Ley Concursal-concursos, créditos, administradores, jueces-, *et. al.* Ed. Reus, S.A., Zaragoza, 2004.

⁸⁹ GADEA, E., *op. cit.*, p. 41. En el mismo sentido CAMPUZANO, A., “Los aspectos generales de la normativa concursal”. En: Derecho concursal. AA.VV. Carlos Nieto Delgado, Coordinador. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2012. p.p. 32-33.

Oficiales del Estado a la búsqueda de normas que puedan modificar la Ley Concursal, siendo este extremo algo que perjudicaría en un momento dado al consenso que se dio en el momento de aprobar la reforma concursal de parte de los distintos operadores del tráfico, trabajadores, Administración Pública, entidades de crédito entre otras, quienes en su momento aceptaron y sacrificaron alguna parte de sus propuestas para llegar a un acuerdo en cuanto a la reforma. En este sentido se ven peligrar dichos acuerdos, si por la vía de normativas sectoriales se libera o exime a determinados sectores por la ocasión de trasposiciones de directivas comunitarias, privilegiándose a determinados sectores frente a otros, lo que en determinado momento podría producir una renegociación de los acuerdos a los que se llegó en el momento de consumarse la reforma concursal.

Por otro lado, cabe resaltar que el principio de unidad legal o legislativa que caracteriza el concurso, lo que persigue es la reunificación de las normas sustantivas, civiles, mercantiles, y procesales, sin afectar la unificación de normas de Derecho económico-administrativo que inciden en el tratamiento de las crisis económicas, conformando las instituciones paraconcursoales de tratamiento de crisis económicas.

La solución que se plantea, es la de examinar detenidamente cada norma que modifique la Ley Concursal, sobre todo en cuanto sea dirigida a determinado sector, ya que no se puede obviar que en determinado momento se hace necesario reformar o ampliar determinadas normas, y estas reformas deben de hacerse mediante disposiciones adicionales a la propia Ley

Concursal, así mismo creando una comunicación fluida con los Ministerios del Estado que resulten involucrados en dichas reformas y de esta manera no quebrantar el principio de unidad legal que se ha conseguido con la reforma y que hace frente a la dispersión normativa que hasta entonces existía en la legislación concursal española y que ha sido calificado como un arcaísmo técnico jurídico.

2.3.1.2. Principio de unidad de Sistema o de procedimiento.

Este principio surge ante la pluralidad de procedimientos concursales mercantiles y civiles, preventivos y resolutivos de la insolvencia, tales como la suspensión de pagos y quiebra, quita y espera y concurso, por lo que en la Ley se opta por un único procedimiento concursal para toda clase de situación de crisis económicas denominado CONCURSO DE ACREEDORES, o conocido indistintamente “CONCURSO”, por su finalidad básica de satisfacción de una pluralidad de acreedores⁹⁰. Así pues, esta unidad de procedimiento se concreta, gracias a la flexibilidad con que la ley lo configura. El procedimiento se inicia al concurrir alguno de los presupuestos legales respectivos, y

⁹⁰ Se introduce el término en la Reforma Concursal por una denominación clásica del Derecho concursal español, que paso el vocabulario europeo por la obra SALGADO DE SOMOZA, el *Laberinthus creditorum, concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos Causatam*, Valladolid, 1946. En este sentido, en relación con otras legislaciones: “...la legislación española reguladora de la situación de insolvencia empresarial respecto de otras legislaciones comparadas, la terminología calificadora utilizada por la Ley Concursal en lugar de insolvencia, como en Alemania, recuperación judicial o extrajudicial, quiebra como en el caso de la Ley brasileña, crisis empresarial entre otras...”, CANDELARIO MACÍAS, M., *op.cit.*, p. 23.

después de una fase común, que se abre con la declaración de concurso y termina al haberse presentado el informe de la administración concursal y transcurrido el plazo de impugnaciones o resueltas las formuladas contra el inventario o contra la lista de acreedores, se pasará a otra alternativa, dado que la satisfacción de los acreedores, en función de las circunstancias, puede obtenerse por la vía liquidativa o por convenio.

Se muestra preferencia de parte del legislador por la vía conservadora del convenio y negociada entre deudores y acreedores a la crisis, y la conclusión se da a través de la denominada propuesta anticipada de convenio, lo que puede hacerse desde la misma solicitud de concurso voluntario o desde la declaración del concurso necesario y hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos. En sentido contrario la liquidación se configura como una solución *in extremis* del concurso por la que puede y en ocasiones debe optar el deudor como alternativa del convenio, configurándose con carácter subsidiario en los casos de apertura de la liquidación de oficio o a solicitud de acreedor en aquellos supuestos en que no se alcance o se frustre un convenio.

Como se observa, la reforma al derecho concursal corrige la dispersión normativa que de antaño producía confusión e inseguridad que ha caracterizado al derecho concursal español. Sin embargo, es importante resaltar que no se da un “unitarismo rígido” o una “uniformidad a ultranza”⁹¹, ya que como veremos más adelante el proceso también tiene como principios los de la flexibilidad y simplicidad, lo que permite adaptar el procedimiento a

⁹¹ PULGAR EZQUERA, J. “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.*, p. 137.

muchas situaciones reales y simplifica la tramitación concursal que corresponda, siempre bajo la dirección de un Juez especializado en lo mercantil, lo que constituye otra de las novedades de la reforma concursal, otorgándoles la ley mucha discrecionalidad, que permite hablar de “judicialización” o, “procesalización” del procedimiento, no regulándose soluciones extrajudiciales o preventivas de las situaciones de insolvencia o pre insolvencia.

Anteriormente a la reforma se daba una bifurcación entre procedimientos preventivos y resolutorios, lo que resulto inconsistente por la distinción y delimitación entre los presupuestos objetivos de unos y otros institutos y al determinar las situaciones de pre crisis económica y la estricta situación actual de crisis económica, lo que impedía tener una teoría general sobre las causas del fracaso económico, al no tener delimitada la insolvencia provisional y definitiva que en muchas ocasiones se convirtió en quiebras encubiertas. Para contrarrestar lo antes dicho, se da una reforma en cuanto al presupuesto objetivo del proceso ya que la prevención de la crisis radica en el mismo deudor para que la incorpore dentro de sus objetivos al optarse por la denominada insolvencia inminente, que faculta al deudor para solicitar el concurso en situaciones de pre crisis y así evitar el deterioro de aquella situación de crisis económica.

2.3.1.3 Principio de unidad de disciplina o subjetiva.

El principio de unidad de disciplina constituye una de las mayores novedades de la Reforma Concursal Española, ya que se introduce un mismo y único procedimiento para empresarios y no empresarios, pudiendo quedar sometido cualquier deudor sea persona natural o jurídica⁹².

Con esta unificación subjetiva desaparece el tratamiento duplicado de las crisis en función de la condición empresarial del deudor como se daba en las legislaciones que precedieron a la actual, y que en algún momento se justificó por el mayor rigor con que era tratado el comerciante, y que como señaló el profesor GALDANO (en Historia del Derecho Mercantil, Barcelona, 1980-storia del Diritto commerciale, trad. Cast. J. Bisbal, pp 37 y ss.)⁹³, “El *ius mercatorum* instaure el rigor más despiadado ante el comerciante que se halla en estado de insolvencia. La grave represión penal y las infamantes consecuencias personales de la quiebra, muestran el precio que estuvo dispuesto a pagar la clase mercantil para adquirir crédito y gozar de la confianza del mercado”. Siendo esto notable al ver la evolución histórica de la quiebra hasta llegar al día de hoy. En este sentido, la reforma española ha optado por una opción característica de los modelos anglosajones al tratarse el concurso de una institución unitaria por su fundamento y en la necesidad de dar idénticas soluciones a problemas iguales.

⁹² Al respecto regula el art. 1 en el numeral 1. de la LC que: “La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica”.

⁹³ GADEA, E., *op. cit.*, pp. 41-42.

Sin embargo, no se debe magnificar la importancia de la unificación subjetiva, ya que en la práctica, la mayoría de concursos se declaran respecto del deudor empresario, particularmente con forma societaria y en menor medida del deudor civil, aún y cuando se hace necesario prestarle más atención al denominado problema del “sobreendeudamiento del consumidor”, como se ha hecho en otros países, tanto europeos como norteamericanos, ya que se hace necesario prevenir y abordar el tratamiento jurídico de dicho sobreendeudamiento lo que en un plazo corto podría provocar los “Concursos de consumidores” o como se conoce en los Estados Unidos de Norteamérica *bankruptcy abuse prevention and consumer protection Act* ⁹⁴.

En comparación con otras legislaciones, en la reforma concursal española la unidad subjetiva parece identificarse con uniformidad, al no contemplarse las particularidades que podrían derivar del concurso de determinados deudores por razón de sus dimensiones, como por ejemplo de una gran empresa, tal y como lo hace la legislación italiana, aunque si las que son de pequeñas dimensiones, con la opción del procedimiento abreviado, regulados en los arts. 190 y 191 de la LC y sobre los cuales se hablará más adelante. Tampoco se toma en consideración la situación de consumidor del deudor como se da en la legislación alemana en la que se contempla la tramitación especial del concurso de acreedores de los consumidores.

⁹⁴ Para ampliar el tema ver: POTTOW, “Un primer estudio de los cambios de la Ley Concursal Estadounidense de 2005”, Traducción del inglés por Elena Rodríguez Pineau, en RCP, No. 3, 2005, p. 355 y ss.

Así pues, la reforma española parte de la condición empresarial del deudor, y que además se apoya esencialmente en la finalidad conservativa del concurso y la continuación en el ejercicio de la actividad empresarial, así como también otras medidas como la paralización de la ejecución de las garantías reales, tras la declaración del concurso que se reduce a bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad.

Lo que sí es cierto es que esta unificación de disciplina o subjetiva hace superar algunos inconvenientes que pueden surgir dentro del procedimiento de concurso como lo es la pérdida de la condición de comerciante, en caso de fallecimiento o de retiro o la aplicación del concepto de comerciante a sectores problemáticos como son las cajas de ahorro, fundación-empresa, etc.

2.3.2. Intereses tutelados y características del proceso concursal español.

2.3.2.1. La satisfacción de los acreedores en el marco de la continuación de la actividad y la conservación de la empresa.

La Ley Concursal dentro de la Exposición de Motivos II, establece claramente su finalidad esencial: *“La unidad del procedimiento del concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de que le ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso”*, esta satisfacción de los acreedores se ve resguardada como una función conservadora, es decir la conservación de empresas como medio para satisfacer los intereses crediticios afectados por la crisis, aun cuando el convenio concursal pueda conllevar efectos sanatorios, por ejemplo, con el convenio con plan de viabilidad, y no sanatoria que conllevaría el restablecimiento del equilibrio financiero – patrimonial de las empresas. De este modo la misma Exposición de Motivos, en su parte VI señala que: *“...Las soluciones del concurso previstas en la Ley son el convenio y la liquidación...”*, *aunque el convenio es la solución normal del concurso que la Ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la “satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud”*. Y aclara en ese mismo apartado que el objeto del convenio no es el saneamiento de empresas, como sucede en otros países como en Francia que prevé el instituto reorganizativo del arreglo amistoso de las empresas en dificultades para los empresarios que

sin estar en cesación de pagos sufren una dificultad jurídica económica o financiera o necesidades que no pueden ser cubiertas por una financiación adaptada a sus posibilidades, siendo que se anticipa la declaración de los institutos concursales a situaciones anteriores con el objeto de prevenir la insolvencia y de sanear la empresa de una u otra manera.

En la reforma concursal española, se superan las tendencias reformistas del derecho concursal frecuentes en la doctrina y reformas europeas en torno a los años 80, y que, a través de terminologías quirúrgico-sanitarias, atribuyeron a los procedimientos concursales una función sanatoria que, en ocasiones- como en la reforma francesa de 1984- se anteponía incluso a la finalidad satisfactoria de los intereses crediticios de los acreedores⁹⁵.

Por lo que puede concluirse que la razón de ser del derecho concursal español no es solucionar los problemas empresariales del deudor y proceder a su saneamiento, sino colectivizar y repartir entre los acreedores, sobre la base de la *par conditio creditorum*, que será analizada más adelante, que sustituye el principio *prior in tempore potior in iure*, característico de las ejecuciones individuales, una impotencia patrimonial del deudor para el pago, estando dicha satisfacción presidida en la medida de lo posible por el principio de conservación de la empresa que pretende evitar la desmembración de las organizaciones económicas de producción de bienes o servicios y la correlativa

⁹⁵ PULGAR EZQUERRA, J. "La declaración del concurso de acreedores", *op. cit.*, p. 147. OLIVENCIA RUIZ, M., "Planteamiento de la reforma concursal", En: Estudios sobre el anteproyecto de ley concursal. *op. cit.* p. 41.

destrucción del valor empresarial que ello conlleva y el principio de continuación de la actividad empresarial o profesional y que se encuentra al servicio último de la mejor satisfacción de los acreedores en sus legítimos derechos crediticios, y la conservación de la empresa se condiciona a la viabilidad de la continuación del funcionamiento de la misma⁹⁶.

2.3.2.2. La *par conditio creditorum* y la reducción de privilegios.

Como novedad en la nueva Ley concursal se establecieron estos principios ya que se consideró que en la legislación anterior predominaban los intereses particulares en detrimento de otros generales vulnerando con esto el principio de igualdad en el tratamiento de los acreedores, tratando de reducir los privilegios en los pagos respectivos a lo estrictamente necesario.

Se establece entonces en primer plano el principio de la *par conditio creditorum*, que como se mencionó con anterioridad vino a sustituir al principio

⁹⁶Al parecer de CANDELARIO MACÍAS: “...sin desconocer tanto la prevención, la conservación de la empresa y la liquidación son cauces o medios para conseguir el fin último que es la tutela del crédito. Existe un pseudo-planteamiento cuando se confunden los fines con los medios al punto de señalarse que la finalidad del Derecho Concursal es la salvaguardia o conservación de la empresa, cuando ésta es un medio para alcanzar la finalidad esencial ilustrada en la mejor protección del crédito. Sin crédito es imposible lograr el funcionamiento certero y óptimo de las microeconomías, y en suma la economía general...” CANDELARIO MACÍAS, M., *op.cit.*, p. 26.

de *prior in tempore potior in iure* (primero en tiempo, primero en derecho), propio de las ejecuciones singulares, y que había sido hasta entonces el fundamento del Derecho de tutela del crédito y de los procedimientos concursales. En esa línea la *par conditio creditorum* forma parte del principio de igualdad jurídico que se puede definir en este caso como el principio de igualdad entre los acreedores íntimamente conectado con el tratamiento proporcional de sus créditos en una situación de concurso situado tradicionalmente en principios filosóficos-jurídicos de igualdad, partiendo de la concurrencia de derechos de naturaleza igual sobre un objeto limitado en insuficiente (patrimonio del deudor común), por lo que los derechos deben ser proporcionalmente satisfechos en conexión con la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Así pues se puede definir como un modo de organización de una “comunidad de pérdidas”, entre los acreedores, en sentido figurado ya que no existe una masa de bienes sobre la que los acreedores compartan un derecho de propiedad, que deba regirse conforme a una regla de igualdad proporcional⁹⁷.

Se dice que esa igualdad es proporcional ya que existen dentro de la misma legislación concursal excepciones al tratamiento igualitario en determinados y muy reducidos casos, a lo que se le denomina “reducción de privilegios”, lo que ha hecho plantear varias interrogantes doctrinales sobre la verdadera aplicación de la *par conditio creditorum*⁹⁸, y su diferencia con el

⁹⁷ PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, p. 150.

⁹⁸ *Ibidem*.

principio de proporcionalidad, siendo que el primero ha sido entendido históricamente el fundamento del reparto proporcional de los acreedores, cuestionamientos han surgido de la práctica real del concurso.

Dentro de los privilegios que regula la Ley Concursal se pueden mencionar a los acreedores privilegiados a quienes solo les afectara el convenio si lo aceptan, siendo satisfechos con prioridad respecto de los ordinarios en supuestos de liquidación, así mismo estos se reducen y se limitan para evitar que el concurso se consuma en la satisfacción de algunos créditos en detrimento de los ordinarios, así pues se incluyen también los créditos públicos, créditos tributarios y de seguridad social, siendo que la reforma también le da un tratamiento preferencial a los trabajadores⁹⁹.

Y en forma de excepciones negativas se pueden mencionar los créditos subordinados como nueva categoría crediticia, entre los que se sitúan los créditos comunicados tardíamente, por pacto contractual o su carácter accesorio (intereses) o su naturaleza sancionadora (multas) o por proximidad física o jurídica con el deudor (*insiders* societarios), esta subordinación conlleva la postergación en el cobro respecto de los acreedores ordinarios en supuestos de liquidación y otras consecuencias jurídicas que exceptúan negativamente a estos acreedores subordinados respecto de la *par conditio*¹⁰⁰.

⁹⁹ Para una mejor ilustración se puede ver el artículo 91 de la L.C. (reformado por la Ley 38/2011 de 10 de octubre que establece cuales son y el orden de los créditos privilegiados).

¹⁰⁰ Los créditos subordinados están regulados en el artículo 92 de la LC, también reformado por la Ley 38/2011 de 10 de octubre.

De esta manera se puede observar esa reducción de privilegios a casos muy concretos y que se pueden calificar de *numerus clausus*, el enunciarse en la L.C. expresamente en el inciso final del párrafo 2º. del art. 89: “No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta ley”. Sin embargo, en la doctrina existen críticas a esta reducción de privilegios, ya que se argumenta que no es tal dicha reducción ya que desde el antecedente de la propuesta de 1995 hasta la culminación del proceso legislativo, se han ido ampliado el número y extensión de los privilegios y se conservan algunos que tienen mayor montaje como lo son los de derecho público, antes relacionados, lo que disminuye las expectativas de cobro de otros acreedores, es decir de los ordinarios a los que se dice querer proteger fundamentalmente, o se crean otros privilegios como en el caso del atribuido a favor del acreedor instante del concurso y otros que si bien resultan equitativos aumentan o pueden aumentar sensiblemente la posibilidad de que no cobren otros acreedores, en el caso de los créditos derivados de responsabilidad civil¹⁰¹.

2.3.2.3. Principios de celeridad y flexibilidad.

Estos principios están relacionados con la necesidad actual de reducir el tiempo lo más que se pueda para la resolución de las situaciones concursales de manera que se logre lo más pronto posible la distribución de los adeudos lo

¹⁰¹ GADEA, E., *op. cit.*, p. 44.

que va entrelazado a la idea de la satisfacción de los acreedores, y además propiciar soluciones que además de factibles, reduzcan los costes económicos que conlleva un proceso de esta magnitud.

Para cumplir con el fin de acelerar los procesos concursales en España se han introducido algunas opciones procedimentales tales como el procedimiento abreviado regulado en el art. 190 de la L.C. En el que se dice que: *“...1. El juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso no reviste especial complejidad, atendiendo a las siguientes circunstancias: 1.º Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores. 2.º Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. 3.º Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros. Cuando el deudor sea una persona natural el juez valorará especialmente si responde o es garante de las deudas de una persona jurídica y si es administrador de alguna persona jurídica. 2. El juez podrá también aplicar el procedimiento abreviado cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo. 3. El juez aplicará necesariamente el procedimiento abreviado cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo. 4. El juez, de oficio, a requerimiento del deudor o de la administración concursal, o de cualquier acreedor, podrá en*

cualquier momento, a la vista de la modificación de las circunstancias previstas en los apartados anteriores y atendiendo a la mayor o menor complejidad del concurso, transformar un procedimiento abreviado en ordinario o un procedimiento ordinario en abreviado...". Todos estos presupuestos fueron ampliados luego de haberse reformado por la Ley 38/2011, ya que anteriormente a esta última reforma solamente era aplicable en los casos en que el deudor fuera una persona natural o jurídica que conforme a la legislación mercantil, estuviera autorizada para presentar balance abreviado, a que la estimación inicial de su pasivo no superara los 10.000.000 de euros y a la decisión judicial, ya que, aunque concurrieran los dos requisitos anteriores, la decisión de admitir o no el procedimiento simplificado quedaba como facultad potestativa del Juez. De cualquier forma, lo que se ha ido buscando atendiendo a la situación económica actual de España es como principios de la gran reforma concursal, la celeridad y la flexibilidad del procedimiento ampliando el campo de aplicación del procedimiento abreviado.

Además del procedimiento abreviado, como institución que busca la celeridad y economía procesal se puede mencionar la propuesta anticipada de convenio que se inserta dentro de la fase común del concurso destinada a la determinación y cuantificación del activo y el pasivo concursal, y que como se establece en la Exposición de Motivos de la vigente Ley Concursal Española, permite incluso la aprobación judicial del convenio durante la fase común del concursos, con una notoria economía de tiempo y de gastos respecto de los actuales procedimientos concursales, siendo esta posibilidad factible de parte del deudor en el momento de solicitar el concurso voluntario o desde la

solicitud de concurso necesario facilitando la aceptación por los acreedores mediante un sistema de adhesiones individuales, no siendo necesaria la aceptación en junta de acreedores que en estos supuestos ni siquiera llegará a constituirse. Otra medida de reducción de plazos se establece que en el caso de que se diera la liquidación esta no puede durar más de un año, sancionando dicho incumplimiento al Administrador respectivo (Art. 153, apartados 2 y 3 de la LC).

Estadísticamente resulta que un número importante de concursos declarados, lo han sido con tramitación abreviada, lo que confirma la consideración tradicional de que las posibilidades de concursar de un deudor son inversamente proporcionales a sus dimensiones, por lo que es normal que sean mayor frecuencia en la práctica¹⁰².

¹⁰² PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.* p. 156.

Capítulo III

Los presupuestos de apertura del concurso de acreedores en la Ley Concursal Española

3.1. Los presupuestos materiales y procesales del concurso de acreedores.

3.1.1. Presupuesto material de pluralidad inicial de acreedores.

3.1.2. Suficiencia de la masa como presupuesto de la declaración de concurso.

3.2. El presupuesto subjetivo.

3.2.1. Deudor persona natural.

3.2.2. El Concurso de las personas Jurídicas.

3.3. El presupuesto objetivo: La insolvencia.

3.3.1. Sistema concursal vigente hasta la ley 22/2003, en relación al presupuesto objetivo.

3.3.1.1. El presupuesto objetivo de la quiebra y de la suspensión de pagos, antes de la gran reforma concursal.

3.3.1.2. El presupuesto objetivo del concurso de acreedores, antes de la gran reforma concursal.

3.3.2. La insolvencia como presupuesto general del concurso.

3.3.3. Del concurso voluntario de acreedores.

3.3.4. Del concurso necesario de acreedores.

3.3.5. Los elementos del presupuesto objetivo del concurso regulados en el artículo 2 de la L.C. española.

3.3.5.1. Procedencia del concurso en caso de

insolvencia del deudor común.

3.3.5.1.1. La imposibilidad de cumplir
regularmente.

3.3.5.1.2. La exigibilidad en las obligaciones.

3.3.5.2. La solicitud del concurso de acreedores por el
Deudor.

3.3.5.2.1. Justificación del endeudamiento y
estado de insolvencia.

3.3.5.2.2. La insolvencia actual.

3.3.5.2.3. La insolvencia Inminente.

3.3.5.3. La solicitud del concurso de acreedores por el
acreedor.

3.3.5.3.1. Fundamento de la solicitud del acreedor del concurso
basado en título por el que se haya despachado ejecución o
apremio, sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes
para el pago.

3.3.5.3.2. Otras manifestaciones externas de insolvencia.

3.3.5.3.2.1. El sobreseimiento general en
el pago corriente de las obligaciones del deudor.

3.3.5.3.2.2. La existencia de embargos por
ejecuciones pendientes que afecten de una manera
general al patrimonio del deudor.

3.3.5.3.2.3. El alzamiento o liquidación
apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

3.3.5.3.2.4. El incumplimiento generalizado

de las siguientes obligaciones.

3.3.5.3.2.4.1. El pago de las obligaciones tributarias exigibles.

3.3.5.3.2.4.2. El pago de cuota de la Seguridad Social.

3.3.5.3.2.4.3. El Pago de salarios e Indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo.

3.4. La prueba del presupuesto objetivo.

3.5. Reformas a la Ley Concursal 22/2.003, de 9 de julio.

3.5.1. Real Decreto Ley 3/2.009 de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

3.5.2. Ley 38/2.011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal.

3.5.3. Ley 14/2.013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

3.5.4. Real Decreto-ley 4/2.014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

3.5.5. RDL 11/2.014, de 5 de septiembre, sobre medidas urgentes en materia concursal.

3.5.6. Ley 17/2.014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

3.5.7. RDL 1/2.015 de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

3.5.8. Ley 9/2.015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

3.5.9. Ley 25/2.015, de 28 de julio, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Capítulo III.

Los presupuestos de apertura del concurso de acreedores en la Ley Concursal Española.

3.1. Los presupuestos materiales y procesales del concurso de acreedores.

El proceso concursal conlleva la realización de determinados presupuestos para ponerse en funcionamiento y activarse judicialmente, y son aquellos elementos jurídicos necesarios e imprescindibles que justifican y motivan la declaración de quiebra, porque quizás sea la única adecuada y propia para el caso¹⁰³. No podríamos dar a estos el nombre de fundamentos, porque en todo caso tal designación sólo cuadra a la situación económica de insolvencia, al desarreglo patrimonial de la empresa mercantil que constituye la causa única y universal de la quiebra, además la insolvencia se ha concebido muchas veces como una noción puramente económica, el presupuesto en cambio es un dato necesariamente jurídico, siendo que ambos se complementan en la aplicación estricta de la Ley Concursal. No se puede llamar tampoco supuesto ya que solamente hay un supuesto del estado de insolvencia, que es la declaración judicial del mismo y lógicamente el presupuesto se encuentra antes del supuesto. En este sentido, los

¹⁰³ SUAREZ BLAVIA, A., "El concurso de acreedores", Ed. Cedecs Editorial, S.L., Barcelona, 2004, p. 53.

presupuestos del proceso concursal pueden sistematizarse en procesales y materiales¹⁰⁴.

Los presupuestos procesales son los relativos a la jurisdicción, que según la actual Ley Concursal corresponde a un Juez de lo Mercantil, que fueron creados a raíz de esta reforma concursal y constituyeron en su momento algo innovador que ha permitido una mayor especialización en el tratamiento de los concursos de acreedores, entre otros temas mercantiles¹⁰⁵,

¹⁰⁴ Esta sistematización ha sido tomada de la Profesora PULGAR EZQUERRA, J., *op. cit.* p. 179. Al respecto también ver: FERNANDEZ DE LA GANDARA, L.: "Los presupuestos de la Declaración del concurso", en Fernández de la Gándara, L y Sánchez Álvarez, M.Ma. (Coords), Comentarios a la Ley Concursal, Marcial Pons, 2004, pp. 73-85.

¹⁰⁵ En este sentido, dentro de la jurisdicción de los Juzgados de lo Mercantil el artículo 86 ter de la LOPJ enuncia que los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal, en los términos previstos en su Ley reguladora. En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con el mismo alcance conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de la Ley Concursal.

1. Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.
2. Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.

asimismo, los presupuestos relativos a la personalidad no solo del concursado, sino también de los acreedores y demás legitimados para solicitar el concurso y todos los que tienen un papel activo dentro del proceso. Estos presupuestos procesales son indispensables para la declaración del concurso.

3. Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el número 1.º y sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan decretar los árbitros durante un procedimiento arbitral.
 4. Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita.
 5. Las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento.
2. Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:
- a. Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas.
 - b. Las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional.
 - c. Aquellas pretensiones relativas a la aplicación del Derecho Marítimo.
 - d. Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia.
 - e. Los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del Registrador Mercantil, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria para este procedimiento.
 - f. De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia.
3. Los Juzgados de lo Mercantil tendrán competencia para el reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras, cuando éstas versen sobre materias de su competencia, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal.

Por otro lado se encuentran los presupuestos materiales, a los cuales está condicionado el inicio del proceso y de ellos depende el derecho al concurso que corresponde no solo al deudor, en el caso del concurso voluntario, sino también a los demás sujetos legitimados en la ley para solicitarlo en el caso del concurso necesario. Dichos presupuestos están contenidos en el Capítulo Primero del Título Primero de la LC, que se titula “De los presupuestos del concurso”, y son por un lado el presupuesto subjetivo, regulado en el art.1 de la LC, que se refiere al deudor que puede quedar sometido al concurso y por el otro, el presupuesto objetivo, regulado en el artículo 2 del mismo cuerpo legal referente a la situación económica o de otra naturaleza que determina la declaración del procedimiento. A estos presupuestos materiales se pueden sumar la existencia de una pluralidad de acreedores y la suficiencia de masa activa¹⁰⁶.

3.1.1. Presupuesto material de pluralidad inicial de acreedores.

En el concurso de acreedores, el deudor puede ser una persona física o una persona jurídica, y el procedimiento es el mismo para ambos, por lo que se concreta el principio unidad del procedimiento, que fue analizado con anterioridad. Por otro lado, en cuanto a los acreedores, debe de existir una pluralidad necesaria lo que se desprende al citar en la LC el art. 2.1. que se refiere a la delimitación del concepto de insolvencia como presupuesto del concurso al deudor común, es decir, al deudor de una pluralidad de

¹⁰⁶ PULGAR EZQUERRA, J, “La declaración del concurso de acreedores”, p. 180.

acreedores, y se infiere también del art. 3.1., en que se concede legitimación para solicitar el concurso a “cualquiera de los acreedores”, y del artículo 6.2.4. °. de la LC en la que se exige al deudor que presente con su solicitud, entre otros documentos, una “relación de acreedores”, siendo estos artículos un referente porque en el transcurso de la LC se desprende la connotación de pluralidad de parte de los acreedores.

La pluralidad de acreedores es una premisa para iniciar el procedimiento concursal, sin embargo, en la LC no se contempla como causa de conclusión del concurso a lo que se podría denominar “unipersonalidad crediticia sobrevenida”, que es el concurso en el que en fase de apertura concurre una pluralidad de acreedores y durante el mismo esa pluralidad queda reducida a un acreedor¹⁰⁷. Este caso concreto es muy peculiar, y la práctica judicial ante esta problemática ha tenido que encontrar soluciones para cumplir a cabalidad con una de las finalidades del procedimiento concursal, como lo es el pago a los acreedores. Sin embargo la pluralidad de los acreedores sigue siendo una *conditio sine qua non*, para el inicio del Procedimiento concursal.

Sobre esta problemática, la jurisprudencia española ha entendido que además de la situación de insolvencia, es requisito también la existencia de una pluralidad de acreedores, siendo que en ausencia de dicho requisito procede la inadmisión del concurso. En este sentido, resulta oportuno para ilustrar la interpretación en relación a la pluralidad de acreedores, y la necesaria existencia de la misma al iniciarse el procedimiento así como el

¹⁰⁷ *Ibid*, p. 183.

hecho de que sumergidos en el proceso esa pluralidad de acreedores se reduzca a uno, hacer referencia a la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 5ª., Auto de fecha 1/04/2006 (AC 2006, 902), en la que se destacan dos elementos de la norma concursal como lo son el estado económico de insolvencia y la pluralidad de acreedores, como se puede ver en el fundamento de derecho III que a continuación transcribo: *“... Siguiendo la mejor doctrina, el artículo 2.1. de la L.C. dice que: “la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común”. Dos elementos contiene la norma: uno, puramente objetivo es el estado económico de insolvencia, otro, relativo al sujeto que lo padece, está relacionado con el presupuesto subjetivo, el deudor, calificado aquí con el adjetivo “común”, referido a una pluralidad de acreedores. El requisito de la pluralidad de acreedores no se formula expresamente: El concurso significa concurrencia de varios y comprende implícitamente el número plural. Pero la L.C. no contempla el caso-realmente extraño-de la existencia de un solo acreedor, en el que no debería declararse el concurso por inexistencia del deudor común. Sin embargo la LC no exige la prueba o justificación específica de este requisito. Interpretando las normas de la LC que si la declaración de concurso la solicita el propio deudor y de la “relación de acreedores” que ha de acompañar (art. 6.2.4º.) no resulta esa pluralidad, el Juez no debe acceder a la solicitud. Si por el contrario, la solicitud es de acreedor o de otro legitimado, los hechos en que ha de basarse (art. 2.4 y 7) presuponen, normalmente, la pluralidad de obligaciones, aunque no expresamente de acreedores, así, en los números 1º y 2º (“sobreseimiento general” y “Embargos por ejecuciones que afecten de una manera general al patrimonio del deudor”) y en el 4º. A no ser que el solicitante invoque el*

cumplimiento generalizado de las obligaciones de las que sea acreedor exclusivo. En el número tercero no hay relación ni con el número de acreedores, ni con el de obligaciones de acreedores, ni con el de obligaciones, alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

Aun no exigiendo expresamente el requisito de la pluralidad de acreedores para la declaración de concurso, ese dato está presente en la L.C. El artículo 4º contempla en sus supuesto de hecho el elemento “de la existencia de una pluralidad de acreedores”, a los efectos de la “intervención del Ministro Fiscal”. El artículo 20.4. se refiere asimismo a “la existencia de otros posibles acreedores” en caso de incomparecencia o falta de ratificación del solicitante de la declaración de concurso. En ambos preceptos se trata de estimular la solicitud de concurso necesario, si aparecen indicios de insolvencia y de existencia de una pluralidad de acreedores. Sin embargo, la reducción de la masa pasiva a un solo acreedor no figura entre las causas legales de conclusión del concurso (art. 176). De otro lado, tampoco se contempla como causa de conclusión del concurso la que podríamos denominar: “unipersonalidad crediticia sobrevenida”, esto es, el concurso en el que en fase de apertura concurre una pluralidad de acreedores y durante el mismo esa pluralidad queda reducida a un acreedor. En efecto, ello en modo alguno determinaría la conclusión del procedimiento, como deriva del artículo 176 de la L.C. que al regular las causas de conclusión del concurso, no solo no contempla la reducción durante el concurso del número de acreedores a uno, sino que, inversamente, establece que el concurso no concluiría hasta que se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los crédito

reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio (art. 176.1.3º. LC), por lo que, aun cuando sea solo uno el acreedor insatisfecho, el concurso seguirá tramitándose, no constituyendo por lo tanto, la pluralidad de acreedores condición de la prosecución del proceso...”¹⁰⁸.

¹⁰⁸ En esta misma línea el Juzgado de lo Mercantil No. 1 de Madrid, en auto de fecha 13 de octubre de 2006 AC 2007/669, en el Fundamento de Derecho 1º. B. se hace relación a que en la L.C. la situación de las causas de conclusión de concurso no se establecen como numerus clausus. Por otro lado la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4ª) en Auto núm. 271/2009 de 4 diciembre. JUR 2010\150924, en el que se matiza sobre el tema: “...Asimismo, el propio texto legal concursal utiliza unas expresiones que abundan en la tesis de que para que proceda la declaración de concurso deben concurrir varios acreedores; así por ejemplo en el art. 2.1, al establecerse el presupuesto objetivo del concurso, se indica que la declaración de concurso procede en caso de insolvencia del "deudor común", lo que implica el reconocimiento de la existencia de varios acreedores que tienen en común un solo deudor, y si hay un "deudor común" es que existe una pluralidad de acreedores que concurren frente al patrimonio de aquél. Si hubiera un solo acreedor, no habría deudor "común", sino "deudor", y por lo tanto, no podría haber concurrencia ni en consecuencia, concurso. En el art.3.1, referido a la legitimación, ésta se concede al "deudor y cualquiera de sus acreedores", lo que hace pensar en la existencia de varios. En el art. 4 impone la ley al Fiscal la obligación de instar del juez penal que ponga en conocimiento del Juez de lo Mercantil la situación de quien esté en insolvencia si le consta la "existencia de una pluralidad de acreedores". En el art. 6.2.4º se impone a quien solicita el concurso voluntario que presente una "relación de acreedores, por orden alfabético..." Es decir, siempre contempla una pluralidad de acreedores, y no sólo en los art. mencionados sino en otros muchos- art. 15.2, 19.3, 21.1.5º, 49 y 76 y ss, etc. Por otra parte, el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor que deriva del art. 1911 del Código Civil según el cual el deudor responde de sus obligaciones con todos su bienes, presentes y futuros, hace innecesario el procedimiento concursal cuando existe un solo acreedor, pues en una sola ejecución singular podrían ejecutarse todos los bienes del deudor...". Más recientemente en resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), Auto núm. 34/2011 de 16 marzo. JUR 2011\202026, en relación a este tema en su parte conducente:”...Como hemos señalado en anteriores resoluciones, y en ello existe unanimidad doctrinal, la razón de ser y finalidad del procedimiento concursal, que por ello es de carácter colectivo, presupone la concurrencia de una pluralidad de acreedores, y sin esta circunstancia no cabe la declaración de concurso. Se trata de un presupuesto necesario, no expreso pero sí implícito, y de ahí que la Ley Concursal se refiera al "deudor común", a la obligación de presentar una "relación de acreedores", a la incapacidad para cumplir "sus

obligaciones exigibles", al "incumplimiento generalizado de sus obligaciones", a la legitimación de "cualquiera de sus acreedores" para solicitar el concurso, a "la concurrencia de acreedores", a una "pluralidad de acreedores", etc., expresiones que denotan la necesidad de que exista una masa pasiva conformada por varios acreedores, lo que deriva igualmente del término concurso, que significa la concurrencia de varios. De no existir, el medio adecuado para la satisfacción del crédito es el procedimiento y ejecución singular, al margen de cualesquiera otras acciones que asistan al acreedor para reintegrar el patrimonio de su deudor y hacer efectivo el principio de responsabilidad patrimonial universal, o para extender la responsabilidad por la deuda a otras personas de acuerdo con la normativa correspondiente, en particular la societaria. En el caso de solicitud de concurso necesario y en el de concurso voluntario con estado de insolvencia actual, esta exigencia se traduce en la concurrencia de varios acreedores (por lo menos dos) con créditos exigibles, pues así deriva del art. 2.2 LC, que configura el presupuesto objetivo del concurso: "se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles". Es preciso, por tanto, que sobre el deudor pesen dos o más deudas, en el sentido de créditos impagados u obligaciones insatisfechas, a favor de acreedores diversos, que no sólo se hayan devengado, sino que además sean exigibles (de ahí su consideración de créditos impagados)...".

Relacionadas también: Auto núm. 206/2009 de 8 octubre. JUR 2010\52631, Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª); Auto núm. 86/2009 de 29 abril. JUR 2009\283628, Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª). Más recientemente: Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) Sentencia núm. 230/2014 de 27 junio. JUR 2014\193312, en su numeral tercero se aclara este requisito de la forma siguiente: "...Porque, respecto de este requisito que se acaba de mencionar, el procedimiento concursal requiere una pluralidad de acreedores, entre los cuales repartir, conforme a las normas que se aprueben en el convenio, el patrimonio insuficiente del deudor, constituyendo requisito primero y esencial del proceso, y ya no sólo por imposición jurídica, sino por su propio concepto e incluso significación etimológica. La Sra., Abogada del Estado, en su escrito de oposición al recurso, recopila, de modo exhaustivo y meritorio trabajo, las muchas Sentencias dictadas recientemente por las Audiencias Provinciales de España en las que se exige la concurrencia de este requisito - pluralidad de acreedores --, sin el cual no puede existir concurso, no hay procedimiento colectivo de ejecución, y al contenido de aquellas resoluciones habrá de estarse, siendo innecesaria su cita, pues no se haría otra cosa que repetir lo que aquella parte ha transcrito, y siendo tan completa la relación existe muy fundada duda sobre que pueda existir alguna otra Sentencia con el mismo contenido que haya quedado sin mencionar y acotar. Sea ya suficiente, para terminar este párrafo, que el artículo 4º de la Ley -como no podía ser de otra manera-- se refiere al requisito de "La pluralidad de acreedores".

En ese sentido el número 4º. del Fundamento de Derecho antes citado, hace la aclaración en el sentido que debe de distinguirse entre la falta de pluralidad de acreedores inicial y la falta de pluralidad de acreedores sobrevenida. En el primer caso se establece que la pluralidad de acreedores se constituye como presupuesto para que el deudor pueda ser declarado en concurso, y se advierte de que a pesar de la Ley Concursal no se pronuncia sobre ese punto, la naturaleza universal que se atribuye al proceso concursal así lo exige¹⁰⁹. Sobre este punto se puede concluir que la ausencia de la pluralidad de acreedores en el momento de la presentación de la declaración de concurso es un impedimento para la declaración del concurso del deudor¹¹⁰. En relación a la segunda, la falta de pluralidad de acreedores sobrevenida, que se desarrolla en el apartado 5 del Fundamento de Derecho de la sentencia relacionada con anterioridad, se puede dar de dos formas: En primer término como consecuencia del pago en la ordenada ejecución universal que se va haciendo a todos los acreedores hasta que queda el último de ellos por satisfacer, en cuyo caso no se tiene como causa de conclusión y el mismo debe continuar hasta la satisfacción del último de los acreedores en los términos que se hayan fijado dentro del procedimiento. Y en segundo término,

¹⁰⁹ Al carácter universal del proceso concursal alude expresamente el punto IV de la Exposición de Motivos de la Ley, en el que se afirma que: “...*el carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano jurisdiccional del conocimiento de todas estas materias, cuya dispersión quebranta la necesaria unidad procedimental y de decisión...*”.

¹¹⁰ En ese mismo sentido ver el auto de fecha 10 de octubre de 2005, del Juzgado de lo Mercantil No. 1, de Madrid, dentro del concurso voluntario número 395/05; Auto número 7/2010 de 27 de enero de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5ª) en la causa número: JUR/2010/2010/101507.

por la reunión en una misma mano de todos los créditos inicialmente titularidad de distintos acreedores, en cuyo caso depende si se da en la fase común o con posterioridad a dicha fase. Si se da dentro de la fase común, una vez confeccionados los listados definitivos de las masas activa y pasiva, no parece que haya justificación para dar continuidad al cause concursal. Un solo acreedor no parece que pueda justificar la apertura de la fase de convenio ni de la liquidación. Si por el contrario esta circunstancia surge abiertas las fases de convenio o de liquidación, la solución no es la misma, ya que el concurso debe continuar hasta el cumplimiento de las finalidades que la ley le atribuye¹¹¹. Como se desprende de las sentencias antes relacionadas, en la práctica es de vital importancia la pluralidad de acreedores al iniciar el procedimiento, en cuyo momento no se concibe al acreedor en forma singular, y solamente en los casos específicos antes relacionados puede operar que exista un solo acreedor, y la problemática se resuelve en términos temporales como se ha visto, ya que esa pluralidad no es originaria sino más bien devenida de las circunstancias de cada caso¹¹²

¹¹¹ En este sentido, ver auto de 13 de octubre de 2006, del Juzgado de lo Mercantil No. 1 de Madrid, dentro de la causa número AC 2007/669; Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4ª) Auto núm. 271/2009 de 4 diciembre. JUR 2010\150924; Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª). Sentencia núm. 307/2008 de 12 diciembre. JUR 2009\102462L; y, Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) Auto núm. 34/2011 de 16 marzo. JUR 2011\202026.

¹¹² Es importante aclarar que aunque un único acreedor titule una pluralidad de créditos, ello no implica que deba tramitarse el concurso, que exige pluralidad de acreedores diversos, no pluralidad de créditos que confluyen en un mismo titular. Al respecto: MUÑOZ PAREDES, A., "Protocolo concursal", Ed. Aranzadi. Navarra, 2013. p.76.

Es importante mencionar que en la actual LC en el art. 176 se regulan las causas de conclusión del concurso y que llevan a archivo de las actuaciones y que en términos generales son:

1. Una vez firme el auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso.
2. Una vez firme el auto que declare el cumplimiento del convenio y, en su caso, caducado o rechazado por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento, o que declare finalizada la fase de liquidación.
3. En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa.
4. En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o que ya no existe la situación de insolvencia¹¹³.
5. Una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos.

¹¹³ Artículo 176 redactado por el número cien del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012.

Por otro lado, en el art. 176 bis., se regulan especialidades de la conclusión por insuficiencia de masa activa, y que se relacionarán en el apartado que sigue.

3.1.2. Suficiencia de la masa como presupuesto de la declaración de concurso.

La suficiencia de masa patrimonial como presupuesto de la declaración del concurso ha sido un tema debatido en la doctrina, ya que desde la entrada en vigencia de la LC de 2003, algunos autores sostenían que no se podría instar un procedimiento concursal si no se tenían la certeza de tener la capacidad para pagar a todos los acreedores por ser escasa o inexistente la masa y no cubrir las obligaciones respectivas. Sin embargo, otros opinaban que se debía tomar en cuenta que en un elevado número de supuestos se parte de una insuficiencia de masa activa, que en algunos casos llegará a ser inexistencia de masa, y que no en todo caso la insolvencia se puede identificar con el desbalance¹¹⁴.

Se preveía en el art. 176.1.4. de la LC que el Juez podía declarar la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones en cualquier estado del procedimiento, cuando se comprobará la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los

¹¹⁴ PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.*, p. 185.

acreedores. Lo realmente problemático no era la conclusión anticipada por falta de activo, sino la inadmisión a trámite, dada la falta de normativa sobre el tema, ya que en relación a este tema se pronunció la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª), Auto número 141/2008 de 3 de abril AC 2008\1024, en su fundamento jurídico segundo en el que plantea el presupuesto contenido en el art. 6 de la LC, en cuanto a los requisitos documentales que el deudor solicitante debe adjuntar a la solicitud, siendo que si se cumple rigurosamente con los mismos se procede a la declaración del concurso, y que caso contrario tiene el Juez la facultad de pedir que se subsanen las carencias, y si no se cumple puede inadmitir la demanda para el trámite respectivo.

Por otro lado, al iniciarse el proceso concursal no se exige un activo que sea suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento, es decir no se exige una comprobación previa de la existencia de un mínimo de activo realizable¹¹⁵. Así mismo en dicha sentencia se hace referencia a los principios de tutela judicial efectiva y de acceso al proceso, como fundamentos para permitir el inicio del procedimiento concursal voluntario, y deja claro que esta denegación de continuación del procedimiento dependería durante el proceso concursal según un informe motivado de los administradores sobre la inexistencia de activo y la ausencia de terceros responsables, siendo que dicha resolución se le traslada a todas las partes

¹¹⁵ En este apartado la sentencia citada, hace referencia al hecho de que el artículo 30 del Reglamento CE 1346/2000 de 29 de mayo (LCE ur 2000/1557) sobre procedimientos de insolvencia que recoge la posibilidad de que el Estado Miembro exija al solicitante de un concurso territorial un activo suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento.

personadas por el plazo de quince días y sobre el que deben de pronunciarse y además se le da a la Administración concursal la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, conocido como reintegración de la masa activa, situaciones que son enmarcadas en el art. 176.1.4º de la LC.

Se establece claramente las situaciones para desestimar la demanda concursal, en primer término cuando no se cumpla con subsanar los requisitos establecidos para la iniciación de la demanda, art.14 LC. El segundo momento cuando se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o que ya no existe la situación de insolvencia art. 176.1.4º. En todo caso la inexistencia de activo realizable, según la documentación del deudor, acreditada la insolvencia y cumplimentada formalmente la solicitud, no podía ser causa que justificara la inadmisión a trámite del concurso voluntario¹¹⁶.

Como se desprende de la jurisprudencia citada, se orientaba hacia la opción de no denegar el inicio del trámite del concurso por insuficiencia de masa, ya que se dejaba abierto que durante el procedimiento se inste a esa reintegración de la masa que al final podría resultar en el pago de los acreedores, ahora bien, se hace referencia también a la opción de la Administración Concursal de poner fin al proceso si en el transcurso del

¹¹⁶ En ese mismo sentido se pronunciaron en la AP Castellón (sección 3ª.), auto núm. 153/2009 de 15 de julio, JUR 2009\434299.

procedimiento no se consigue la reintegración o no hay créditos o bienes viables de ser incorporados, lo que resulta lógico en aras a una economía procesal y porque al no existir bienes realizables los acreedores no cumplen su finalidad de obtención del pago de lo adeudado.

Con las reformas acometidas a la LC, con el RDL 3/2009, se introdujeron reformas en la Ley Concursal 22/2003 que incidieron en distintos ámbitos. De un lado reformas que incidieron en un ahorro de costes temporales (supresión de la vista en los incidentes concursales, en las condiciones de la nueva redacción del apartado 4 del art. 194 L.C. 22/2003 en virtud del art. 12.12 RDL 3/2009 ampliando el ámbito de aplicación de la liquidación del procedimiento abreviado, regulación de la liquidación anticipada en fase común); pero, sobre todo reformas que conllevaron un ahorro de los costes económicos derivados de la declaración del concurso (reducción y gratuidad de la publicación del concurso, limitación de la retribución de la administración concursal que además asume en su caso la retribución del experto independiente), tendiendo todo ello una incidencia relevante en orden a la admisión a trámite de los denominados “concursos sin masa”, cada vez más frecuentes en la práctica y que, como es sabido, se encontraban en la dificultad y en ocasiones, imposibilidad de subvenir a la cobertura de los costes derivados de la declaración del concurso, constituyendo éste uno de los principales obstáculos en la práctica en orden a su admisión a trámite por los jueces de lo mercantil¹¹⁷.

¹¹⁷ YANES YANES, P, “La pequeña reforma del concurso: 50 modificaciones normativas y un laberinto transitorio”, en Diario La Ley, núm. 11581, de 24 de abril de 2009, y, PULGAR EZQUERRA, J., “La inexistencia o insuficiencia de masa en sede de declaración del concurso

Surgió la necesidad de reformar este tipo de concursos tomando en cuenta de que a pesar de que en su mayoría los Juzgados inadmitían amparándose en la propia finalidad del proceso concursal, la economía procesal, y economía material, en la necesidad de racionalizar los escasos recursos de empresas con viabilidad o que en la liquidación, por existir activos realizables, tuviera mayor recorrido, sin embargo en la segunda instancia la posibilidad de inadmitir un concurso por falta de activo era minoritaria¹¹⁸.

La problemática ha sido resuelta formalmente con una postura intermedia con la reforma a la LC, contenida en la Ley 38/2011, tal y como ha quedado regulado en el actual art. 176.1 LC, y en el que se dice que la conclusión del concurso se podrá dar en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, siendo esto complementado por lo que regula el art.

de acreedores”, Homenaje a Rafael García Villaverde. Tomo 111. Madrid, 2007. p.p. 2007-2051.

¹¹⁸ Ver resoluciones de las Audiencias Provinciales de Murcia (Auto , Sección 4ª, de 30 de enero de 2006), La Rioja (Auto de 6 de julio de 2007), Pontevedra (Auto Sección 1ª, de 12 de julio de 2007), Baleares (Auto, Sección 5ª, de 25 de junio de 2009 y Cuenca (Auto de 5 de abril de 2011), y de manera contraria las Audiencias de Barcelona (Autos, Sección 15ª de 22 de febrero de 2007, y 14 de junio de 2007), Alicante (Autos, Sección 8ª, de 27 de junio de 2007 y 21 de enero de 2009), Castellón (Auto, Sección 3ª, de 27 de abril de 2009), Lleida (Auto, Sección 2ª, fr 21 de mayo de 2009), Valencia (Auto, Sección 9ª, de 21 de octubre de 2009), Valencia, (Auto, Sección 9ª de 21 de octubre de 2009), Asturias (Auto, Sección 1ª, de 12 de marzo de 2010), Las Palmas (Auto, Sección 4ª, de 6 de mayo de 2011), Granada (Auto Sección 3ª, de 17 de junio de 2011). Ver sobre el tema: MUÑOZ PAREDES, A., *op. cit.* p.p. 76-81.

176 bis. 4 LC, en el que dice que podrá acordarse la conclusión en el mismo auto de declaración del concurso, cuando el juez precie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros, con lo que se establece la fórmula “declaración-conclusión”, se ha optado por una solución útil en la práctica que deviene de muchos concursos en los que los créditos contra la masa agotaban el escaso activo existente (descontando, el afecto al pago de créditos con privilegio especial, que se satisfacían antes con los créditos contra la masa)¹¹⁹.

En consecuencia, se entiende que el legislador ha decidido que incluso desde la misma declaración, y por la simple percepción del juez pueda decidirse la conclusión del concurso, sin embargo, para que realmente sea efectiva dicha conclusión, luego de ser puesto de conocimiento del Juez la insuficiencia respectiva, se le pone de manifestó a las partes personadas, pagando los créditos, luego, la administración concursal elabora un informe justificando la existencia de insuficiencia de masa activa y razonando que no hay posibilidad de obtener una calificación culpable, o los pagos antes referidos, o que de abstenerse o realizarse serán insuficientes para satisfacer los créditos contra la masa, poniendo dicho informe a disposición de las partes

¹¹⁹ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Conclusión y reapertura del concurso”, VVAA, El Concurso de Acreedores, adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley Concursal”, Ed. La Ley, 1ª. Edición. Madrid, 2.012.

y si no hay oposición se procede a la conclusión mediante auto que será inimpugnable. Si hay oposición se tramita mediante incidente concursal¹²⁰.

En el caso de insuficiencia de masa activa, y al ser muy probable que no se paguen todos los créditos contra la masa ya devengados se fija en el apartado dos del art. 176 bis, un orden específico de prelación¹²¹. Otro aspecto que cabe resaltar es el hecho de que los acreedores y cualquier otro legitimado podrán solicitar la reanudación del concurso si justifican indicios suficientes para considerar que pueden ejercitarse acciones de reintegración, o si aportan por escrito hechos relevantes que pueden calificar el concurso como culpable, además se deja abierta la posibilidad para la reapertura del proceso en los casos en los que la persona física y el concurso se reanuda dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del anterior por liquidación o insuficiencia de masa activa, debiéndose cumplir con los mismos requisitos de una nueva declaración de concurso. Se puede dar dicha reapertura también en el caso del deudor persona jurídica cuyo concurso concluyó por liquidación o insuficiencia de masa, que a pesar de haberse dado por extinguido junto con la conclusión del concurso, puede suceder que aparezcan activos sobrevenidos,

¹²⁰ Al respecto los arts. 196 bis, numerales 3.1. al 3.3., 197.4, 197.5, 197.7 de la LC.

¹²¹ Se pagarán conforme al orden siguiente: 1. Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional. 2. Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario pendiente de pago; 3. Los créditos por alimentos del art. 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional; 4. Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso; 5. Los demás créditos contra la masa.

en este caso el concurso continúa desde la última fase en la que se concluyó y no tiene plazo como el anterior caso.

Otra situación que puede surgir y que ya fue introducida por las reformas del año 2011, consiste en el hecho de que durante el año siguiente a la fecha de la resolución de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, los acreedores pueden solicitar la reapertura del mismo para ejercitar acciones de reintegración siendo requisito que las mismas sean viables, prosperables o que aporten hechos relevantes que pudieran inducir a la calificación del concurso como culpable, salvo que se hubiera dictado sentencia sobre calificación el concurso en el concurso ya concluido¹²².

3.2. El presupuesto subjetivo.

Al definir el presupuesto subjetivo, partimos de la delimitación contenida en el art. 1.1. de la LC, que concreta los presupuestos en el subjetivo y el objetivo, lo cual ha sido un acierto al parecer de algunos autores¹²³, quienes manifiestan que desde un punto de vista sistemático, sirve para determinar el alcance del sistema concursal, ya que se define el ámbito de aplicación de la LC, y se materializan en los principios de unidad legal y de procedimiento que enmarcan el proceso concursal. Como consecuencia, la declaración judicial de

¹²² Art. 179.3 de la LC.

¹²³SANCHEZ CALERO GUILARTE, J., "De los presupuestos del concurso", VVAA, Comentarios a la legislación concursal. Ed. LEX NOVA, Valladolid, España, 2.004, p. 42.

concurso respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, a diferencia de cómo se establecía en legislaciones anteriores, en las que se hacía distinción entre el deudor que era comerciante a quien se le aplicaba la suspensión de pagos y la quiebra, y a quien no lo era, la quita y espera, y el concurso de acreedores, lo que hizo surgir con la reforma concursal española dar soluciones idénticas a problemas iguales, a pesar de tener diferente calidad el deudor, es decir comerciantes o no comerciantes, todo esto planteado en torno a las crisis económicas, ante la diversidad de procedimientos existentes antes de la Reforma Concursal ¹²⁴.

Es así como la unificación subjetiva conlleva la adaptación de la legislación española a las nuevas tendencias concursales en el derecho comparado, en particular, en los modelos anglosajón y germánico y se superan algunos problemas como la pérdida de la condición de comerciantes, en el caso de comerciantes fallecidos o retirados, o la aplicación del concepto de sectores problemáticos como las casas de ahorro, fundaciones-empresa, entre otros.

El presupuesto subjetivo de la Ley Concursal española se basa en la definición clásica de personalidad jurídica, al hacer la distinción entre personas naturales y personas físicas, y excluye expresamente del ámbito del concurso

¹²⁴ Para ampliar sobre el tema ver: PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.*, pp. 188-190.

las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público¹²⁵.

De esta manera en la nueva LC española, queda sometido al concurso el deudor común, persona natural o jurídica con independencia de su condición de empresario, para seguir las tendencias generalizadas en el marco del Derecho comparado, modelo anglosajón, francés y alemán frente al modelo italiano que mantiene la dicotomía, encontrándose en la actualidad en proceso de reforma¹²⁶.

Dentro de las clasificaciones antes citadas, quedan fuera aquellas que no tengan personalidad jurídica debido a la connotación civilista de la clasificación subjetiva. Por otro lado la legislación al referirse a la herencia en el art.1.2. De la LC, condiciona el concurso de la herencia en tanto no haya sido aceptada pura y simple, por lo tanto se desprende que el fundamento de política jurídica en relación al presupuesto subjetivo, parece situarse en la existencia de un patrimonio transitoriamente sin titular (herencia yacente) o de un patrimonio separado o independiente sobre el que poder actuar¹²⁷.

¹²⁵ En este sentido el artículo 1.3 de la LC refiere a que no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público.

¹²⁶ SUÁREZ BLAVIA, A., *op. cit.*, p. 55.

¹²⁷ PULGAR EZQUERRA, J., *op. cit.*, p. 192. Y para ampliar el tema puede verse también: FERNANDEZ CARRION, C., "El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas", Ed. Aranzadi, SA., Pamplona, Navarra, 2008, p. 27.

Sin embargo, habrá que ver qué es lo que ocurre con las exigencias de la realidad, es decir, lo que ocurre con respecto a los patrimonios con autonomía que pueden actuar en el tráfico y cuya atribución a una persona jurídica o a una persona natural no está clara y lo que ocurre, si realmente será posible en su momento someterlas a procedimiento concursal o no, porque es bien sabido, la realidad es siempre mucho más rica en supuestos de lo que puede imaginar el legislador. De esta manera, se plantea la problemática que puede surgir de las interpretaciones doctrinales que excluyen cualquier otra persona natural o jurídica que pueda ser sometida a concurso, y que no tenga personalidad jurídica, lo cual se puede apreciar al analizar dichos casos en la realidad práctica, que en todo caso serán casos aislados, siendo el supuesto general y la regla que solamente las personas naturales o jurídicas tienen capacidad para ser sometidas y reguladas por la legislación concursal vigente. La problemática la plantea concretamente con el ejemplo de los fondos de inversión, que no tienen personalidad jurídica y que es discutible que no puedan ser sometidos a un procedimiento concursal, si se tiene como requisito para su revocación que se inicien respecto de la entidad un procedimiento concursal¹²⁸.

La LC española con estas soluciones sobre el presupuesto subjetivo tiene efectos depurativos desde la perspectiva procesal ya que impide la iniciación de concursos superfluos y de esta manera la satisfacción de los

¹²⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "El presupuesto subjetivo del concurso. En particular, el problema del sobreendeudamiento de los consumidores", VVAA, Las claves de la ley concursal. Ed. Aranzadi, SA, Navarra, España, 2005, pp. 18 y 19.

acreedores podrá alcanzarse sin necesidad de solicitar la iniciación de un procedimiento respecto de una entidad sin personalidad jurídica e insolvente. La exigencia de personalidad en el sujeto del concurso es una consciente decisión del legislador, orientada a negar el acceso al procedimiento concursal de deudores con un estatuto difícilmente compatible con algunos de los aspectos fundamentales del sistema y cuyos acreedores cuenten en la mayoría de los casos con la posibilidad de cobrar sus créditos actuando contra otros responsables de los mismos¹²⁹.

3.2.1. Deudor persona natural.

Si se entiende en el Derecho Civil por Persona natural (o persona física), aquella susceptible de adquirir derechos y obligaciones, en el Derecho Concursal Español, esta persona puede ser la persona física no comerciante o empresaria, ya que se establece que por el solo hecho de ser un potencial deudor insolvente, la opción de encajar en el presupuesto objetivo de la insolvencia, de ocupar el lugar de concursado, lo que llevaría anejo el derecho para ser parte dentro de los procesos, en este caso cualquier deudor persona física, ostenta legitimación pasiva para ser declarado en concurso, según las normas concursales respectivas¹³⁰.

¹²⁹ SANCHEZ CALERO, J., *op. cit.*, pp. 47-48.

¹³⁰ FERNÁNDEZ CARRION, C., *op. cit.*, p. 28.

Sin embargo, a pesar de esta viabilidad que surge con la LC en la que pueden participar personas individuales independientemente de su condición de comerciante o no, lo habitual ha sido la declaración en concurso de deudores societarios preferentemente de naturaleza y forma jurídico-mercantil, a pesar que en la actualidad a raíz de la puesta en vigor de la LC del 22/2003 de 9 de julio, y sus posteriores reformas, se han aumentado las peticiones de concursos de persona natural no empresaria ¹³¹.

En esta línea, la realidad económica que se vive en España, redundando en un aumento de procesos concursales en general, y en relación a los deudores personas naturales la cifra en el primer trimestre del año 2015 suma 148 casos de personas físicas sin actividad empresarial, y 48 de personas físicas con actividad empresarial, lo que hace un total de 196 cantidad que se ha aumentado en relación a años anteriores¹³². Por otro lado, sobre el aspecto territorial de la persona natural, no se exige en el proceso concursal que sea nacional española, el requisito imprescindible es que tenga su domicilio dentro del territorio español. Otro aspecto que se debe hacer notar, es que pueden ser sometidas a concurso tanto los menores de edad como los discapacitados, que tendrán que ser representados por sus representantes legales, siendo que el

¹³¹ PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.*, p. 193.

¹³² Datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística de España, correspondiente a los datos remitidos del primer trimestre del año 2015, por parte de los Juzgados de lo Mercantil, Juzgados de Primera Instancia y Primera Instancia e Instrucción con Competencia Mercantil de toda España. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, INE, Estadísticas financieras y monetarias, Estadísticas del procedimiento concursal [En línea]: <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epcpro0115.pdf>. Consultado el 8 de junio de 2015.

proceso se centraría en el patrimonio del menor o discapacitado deudor, y la actuación de los representantes legales se concreta a accionar a nombre de su representado.

En relación al concurso del deudor casado, se parte de dos principios fundamentales, por un lado, lo que contempla el art. 77.1 de la LC, en cuanto a que “En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado”, y por el otro, en cuanto a que el deudor casado haya optado en su momento por el régimen económico del matrimonio de la sociedad de gananciales, situación regulada por el art. 77.2 de la LC, se refiere a que: “Se incluirán en la masa activa del concurso además de los bienes privativos los gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado”¹³³. Por lo que la situación del deudor casado depende directamente del régimen económico que haya adoptado al contraer matrimonio, y de esta manera los bienes que entran al concurso de acreedores.

Así pues, resumiendo, a lo largo de la LC, se establecen características especiales en relación a los concursos de las personas físicas o naturales, importantes de resaltar:

- A) La declaración judicial del concurso se inscribirá en el Registro Civil, (art. 24.1, LC), cuando no se trate de un comerciante o empresario.

¹³³ PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, p. 195.

- B) En relación al posible derecho de alimentos, que solamente cabría en el caso de la persona individual, natural o física, y bajo las condiciones establecidas en dicho articulado, (art. 47, L.C.).
- C) Si la persona individual es casada, el procedimiento concursal tiene incidencias en el régimen matrimonial de bienes (arts. 77 y 82.1. L.C.)
- D) En cuanto a las personas vinculadas al deudor que en el caso de las personas individuales serían los familiares o las que estén relacionadas por razón de matrimonio (art. 93.1 LC)¹³⁴.
- E) Con el objeto de apoyar al emprendedor y actividad empresarial, favorecer su desarrollo y crecimiento e internacionalización y fomentar una cultura emprendedora, se dictaron medidas que inciden en la persona natural mediante la Ley 14/2013 de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, considerando al emprendedor independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, entre otras cosas regula en su Capítulo V, un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas, con la intervención de un mediador concursal que puede ser Notario o Registrador Mercantil.
- F) El Real Decreto 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social cuyo objetivo primordial es el de permitir lo que su mismo nombre expresa y es el que una persona física a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su

¹³⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., *op. cit.*, p. 22.

vida incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer, misma que será analizada en otros capítulos más adelante.

G) Más recientemente la Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, que contiene en relación a la persona física la flexibilización de acuerdos extrajudiciales de pago; régimen de deudas para el deudor persona natural; en el caso de exceso de deudas plan de pago a 5 años; flexibiliza los criterios que dan acceso al Código de buenas prácticas para deudores hipotecarios; suspensión de lanzamientos, se extiende hasta 2017 el periodo de suspensión de lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables; conciliación familiar de autónomos; exención de tasas judiciales y empleados públicos; en materia de IRPF, se modifican, con efectos del 1 de enero las deducciones por familia numerosa o personas con discapacidad a cargo.

En relación a la distinción de trato entre un empresario y uno que no lo es dentro del proceso concursal, existen diferencias, por ejemplo: En cuanto a que la persona que es empresaria tiene la obligación de llevar una contabilidad ordenada (art. 25 Coco.), ya que al momento de solicitar el concurso a los empresarios se les exige junto con el escrito de solicitud la presentación de los documentos y la contabilidad ordenada, entre otros requisitos propios de su condición de comerciantes. Por otro lado, al tratarse de un comerciante o empresario, la ley promueve el mantenimiento o subsistencia de la actividad de

la empresa, de tal manera que la declaración de concurso en este caso no interrumpirá, en la medida de lo posible, la continuación de la actividad profesional o empresarial que ha venido ejerciendo el deudor, situación que en muy pocos casos es efectiva debido a que normalmente la persona natural o física al acudir a un concurso de acreedores ya se encuentra en un estado difícil de salvar o de mantenerse como una empresa capaz de conservar su capital, los trabajadores y todos los demás factores que hacen viable la empresa.

Como se advierte, la Legislación Concursal Española ha sido precavida en el hecho de diferenciar a la persona física y sus posibles incidencias, ya que a pesar de tener un procedimiento único para las personas naturales y las personas jurídicas, se estableció un procedimiento abreviado que está regulado en los artículos 190 y 191 de la LC, en este caso se critica que no se tomó en cuenta aquellas personas individuales empresarios o no empresarios que no llegan al nivel requerido para optar al procedimiento, y que por diversos motivos sufren de un endeudamiento de bastante menor envergadura ¹³⁵.

¹³⁵ El artículo 190 de la LC. recientemente reformado conforme establece el número ciento siete del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre), y que regula en su parte conducente que: "...1. El juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso no reviste especial complejidad, atendiendo a las siguientes circunstancias: 1. ° Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores. 2. ° Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. 3. ° Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros. Cuando el deudor sea una persona natural el juez valorará especialmente si responde o es garante de las deudas de una persona jurídica y si es administrador de alguna persona jurídica. 2. El juez podrá también aplicar el procedimiento abreviado cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural

En ese orden de ideas, en el ordenamiento jurídico comunitario, no existe normativa preventiva en relación al sobreendeudamiento del consumidor o de un tratamiento de aquellas situaciones en que el mismo incurra en situación de insolvencia a causa de un previo sobreendeudamiento o por otra causa, es decir en casos que no se encausarían en un procedimiento concursal según la LC, concentrándose el tratamiento de este tema a la aplicación de la Directiva 87/102 CEE de 22 de diciembre, del Consejo en materia de crédito al consumo o en los documentos relativos a la prestación de servicios financieros de los consumidores. En Francia se ha contemplado dicha temática y en aras de prevenir la insolvencia en personas naturales, con el procedimiento de sobreendeudamiento de los particulares, que se vincula al propio fundamento del sistema económico vigente, que se basa en una parte fundamental en promover el crecimiento económico impulsando el endeudamiento de los particulares, siendo que la Ley francesa lo que busca es la solución del problema de un particular que se ha sobre endeudado de buena fe, y dada su insolvencia, vea truncada su vida o parte de ella por no poder salir de la misma de una manera razonable, siendo la diferencia con el concurso de acreedores español en que el sobreendeudamiento de los particulares no tiene por

por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo. 3. El juez aplicará necesariamente el procedimiento abreviado cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo. 4. El juez, de oficio, a requerimiento del deudor o de la administración concursal, o de cualquier acreedor, podrá en cualquier momento, a la vista de la modificación de las circunstancias previstas en los apartados anteriores y atendiendo a la mayor o menor complejidad del concurso, transformar un procedimiento abreviado en ordinario o un procedimiento ordinario en abreviado...”.

finalidad básica la satisfacción de los acreedores, sino más bien la adopción de las medidas que permitan al particular superar la situación de endeudamiento, sin actuaciones excesivamente traumáticas¹³⁶.

En la misma línea se puede advertir en el modelo concursal alemán, seguido por la Reforma portuguesa reciente, se contempla en sede concursal y dentro de la unificación procedimental que se introduce en la Insolvenzordnung de 1994, normas especiales relativas al concurso de deudores personas físicas con inclusión de consumidores y empresarios (*Verbraucherinsolvenzverfahren*, art 301, II, Inso) que se combina con mecanismos también previstos en sede concursal de liberación o condonación de deuda no satisfecha en los concursos de deudores personas físicas tras su conclusión (*Restschuldbefreiung*, arts. 286-303 Inso.)¹³⁷.

En el modelo concursal norteamericano se da el modelo del *Discharge* que concede una segunda oportunidad al deudor, al permitirle comenzar desde cero su actividad, pero a la vez puede, de algún modo, favorecer la utilización por el deudor de la solicitud de su propio concurso particularmente cuando dicha solicitud constituya una facultad, insolvencia inminente, y no un deber, insolvencia actual, lesionando de alguna forma los derechos del crédito de los acreedores, ya que éstos se verían obligados a financiar vía condonación parte del déficit económico o patrimonial del deudor.

¹³⁶ Para ampliar sobre el tema, véase: BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *op. cit.*, pp. 25-34.

¹³⁷ PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.*, p. 199.

Hasta antes de las últimas reformas antes citadas, relacionadas con los emprendedores y la Ley de Segunda oportunidad, no existían en España mecanismos concretos dirigidas a personas naturales para la recuperación de la insolvencia, por lo que se dan otras formas de prevenir una eventual insolvencia e incluso de un estado anterior al sobreendeudamiento de los particulares que podía acabar conduciendo a la insolvencia del consumidor persona física, que inciden en áreas relacionadas con la publicidad, crédito al consumo, ventas a plazos, actividad judicial, bancaria y aseguradora, de esta manera influyen en el ámbito de la información de un lado sobre la situación económica del deudor a través de la función encomendada a los registros de solvencia, ya sean positivos que ayudan a prevenir el sobreendeudamiento excesivo al ofrecer información no sólo sobre incidentes de pago, sino también sobre el completo historial crediticio de deudores no morosos y que en España gestiona el Banco de España, o Registros negativos gestionados por entidades privadas. Esta prevención debe darse también con la información pre-contractual que debe tener como finalidad un mercado transparente del crédito que permita a los consumidores el poder evaluar su nivel de sobreendeudamiento.

Entre otras medidas existentes en España en relación a los consumidores y la prevención de su sobreendeudamiento se encuentran en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Además, sirve de protección los mecanismos de demostración inicial de cierta solvencia y la concertación de

garantías y aseguramientos que protejan a los consumidores y prestamistas de posibles infortunios que afecten a la solvencia del deudor, tales como los seguros de insolvencia, de amortización de préstamo hipotecario, entre otros, y por último se puede mencionar la limitación voluntaria o impuesta de la capacidad de crédito de los consumidores.

Ante el retraso normativo en España sobre una regulación específica en la materia y por recomendaciones para un cambio legislativo de entidades internacionales como el Fondo Monetario Internacional (FMI)¹³⁸, el Banco Mundial (BM)¹³⁹, así como de la Comunidad Europea (CE)¹⁴⁰, surge el Real Decreto Ley 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, y que surge en un contexto de una recuperación económica luego de muchos años de crisis económica, y luego de un gran reclamo social, y se considera que puede coadyuvar a mejorar la economía como un desincentivo de la economía sumergida, que reduce el gasto público pues elimina situaciones de exclusión social que hacen a los ciudadanos acreedores de recursos sociales, además que favorece la concesión responsable de crédito porque un acreedor que o

¹³⁸ Informe del FMI de julio de 2014, en el cual se aconsejan cambios en la legislación en materia de insolvencia de la persona natural:
<http://ep00.epimg.net/descargables/2014/07/10/2509f16067f17898af32a70b8958b979.pdf>,
Consultado el 9 de junio de 2015.

¹³⁹ Banco Mundial. Informe sobre la insolvencia de la persona natural (*Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*):
http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf. Consultado el 9 de junio de 2015.

¹⁴⁰ RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (Texto pertinente a efectos del EEE) (2014/135/UE):
<http://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2014/03/Recomendaci%C3%B3n-12-4-2014.Fracaso-empresarial.pdf>. Consultado el 9 de junio de 2015.

tiene límites en la ejecución se relaja en la evaluación del riesgo, una de las causas de la crisis, y permite la limpieza de los balances de las entidades financieras de forma que reflejen su situación REAL. Y principalmente como dice la propia Exposición de Motivos de dicha ley, que es el de recuperar a un deudor que por circunstancias que no puede controlar (sobreendeudamiento pasivo), se ha colocado en una situación de insolvencia, y que a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer.

Según la misma Exposición de Motivos, el mecanismo de segunda oportunidad, establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas. Se trata de permitir que aquél que lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación e igualmente de cuantificar la mejora de fortuna que, eventualmente, permitirá revocar dicho beneficio por razones de justicia hacia los acreedores. De este modo vemos como España va adecuando la normativa para procurar mayores beneficios al deudor persona natural, reforma que no escapa de las críticas y que se está comenzando a implementar, y solamente la práctica marcará si son medidas efectivas o no, mientras tanto la valoración positiva está en el hecho de regular procesos que faciliten resolver la insolvencia de este grupo objetivo.

3.2.2. El Concurso de las personas jurídicas.

Siendo la diferenciación esencial entre una persona individual o física y una jurídica¹⁴¹, que la segunda es incorpórea, es decir, constituye un ente ficticio formada por un grupo de personas, que en algunos países puede estar conformada por una sola persona, se trata en conclusión en un ente independiente de la persona moral e individual, y que como la persona física, es sujeto de derechos y obligaciones, la cual puede tomar muchas formas jurídicas contempladas en la legislación de cada país. Así pues, tomando como base esa conceptualización y habiéndose estudiado a la persona física dentro del proceso concursal, en el caso de las personas jurídicas, morales, ficticias e incorpóreas su legitimación pasiva dentro del proceso concursal se puede desprender desde el art. 1.1. de la L.C. que exige la concurrencia de personalidad respecto de la persona física o jurídica sin especificar un mínimo o máximo de personificación en relación a la capacidad concursal, es decir se circunscribiría simplemente por el hecho de ser sujeto de derechos y obligaciones y con capacidad. De la misma manera en cuanto a la legitimación activa, el art. 3.3. de la L.C., establece que pueden solicitar la declaración de

¹⁴¹ Al parecer de GIRÓN TENA: "...estos entes tienen la personalidad que debe de ser entendida como subjetivación en un sentido genérico, dado que, como se ha señalado, falta en el Derecho Romano una concepción abstracta del grupo como centro autónomo de deudas y obligaciones, y por lo tanto, la idea de persona jurídica...". GIRÓN TENA, J., "Sociedades Civiles y Mercantiles: Distinciones y relaciones en derecho comparado" Revista de Derecho Mercantil, Num. 6, Vol. II, noviembre-diciembre, Madrid, 1996. P. 14. En ese sentido también: DE CASTRO, F., "La persona jurídica", Bravo, S.L., Civitas Ediciones. Madrid, 1.984.

concurso los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente¹⁴².

Por otro lado, las personas jurídicas son protagonistas de la mayoría de los procedimientos concursales, lo que se denota de las normas especializadas en esta área dentro de la legislación concursal así como atendiendo a las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística que reflejan según datos del primer trimestre del año 2015, en el que se dieron un total de 1560, esta cifra puede dividirse de la manera que sigue: Según el tipo de concurso: 1460 voluntarios y 100 necesarios. Por otro lado, del total de concursos antes mencionado 148 son de personas físicas sin actividad empresarial, y 1412 son de empresas concursadas, que se subdividen en: personas físicas con actividad empresarial 48; Sociedad Anónima (S.A.) 209, Sociedad Limitada (S.R.L) 1104, y otras 51; y según la clase de procedimiento: Ordinario: 265, y Abreviado: 1295. Es importante resaltar que los concursos en relación a otros años ha ido en disminución¹⁴³, dicho esto, se puede constatar la diferencia abismal entre los procesos de personas físicas no comerciantes y de las personas jurídicas.

¹⁴² SUAREZ BLAVIA, A., *op. cit.*, p. 56.

¹⁴³ Según las últimas informaciones del Instituto Nacional de Estadística de España (INE), El número de deudores concursados alcanza la cifra de 1.560 en el primer trimestre de 2015, lo que supone una disminución del 26,6% respecto al mismo periodo del año anterior. Por tipo de concurso, 1.460 son voluntarios (un 26,5% menos que en el primer trimestre de 2014) y 100 necesarios (un 28,6% menos). Atendiendo a la clase de procedimiento, los ordinarios disminuyen un 24,7% y los abreviados un 27,0%. Ver: <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0115.pdf>. Consultado el 8 de junio de 2015.

En la LC, se encuentran artículos que son específicamente aplicables a las personas naturales que están en concurso y otras que sólo son aplicables a las personas jurídicas que están sometidas al procedimiento concursal, por lo que encontraremos diferencias muy marcadas en relación a varios aspectos procedimentales tales como la inscripción de la declaración judicial de concurso, en relación a la obligación de prestar alimentos, que es específica para el deudor individual, o también en cuanto a las personas vinculadas con una persona jurídica que son los socios, administradores, los liquidadores entre otros, en relación también a la legitimación para pedir el concurso, los efectos de la declaración del concurso, las personas a las que pueda afectar la calificación del concurso culpable, entre otras diferencias, que hacen que el desenvolvimiento del concurso sea distinto y con matiz especial para cada caso y dependiendo del sujeto deudor que constituye el presupuesto subjetivo del Proceso Concursal.

En relación a la persona natural se pueden mencionar dentro de sus particularidades que pueden ser declaradas en concurso todas las personas nacidas a los efectos civiles en tanto que no hayan fallecido (Arts. 30 y 194 ss. del C.C.), como consecuencia es indiferente la edad de la persona natural, por lo que pueden actuar los menores siempre representados por sus padres o Tutores legales, y en este caso surgen muchas particularidades específicas del tema. Por otro lado es indistinto que la persona natural insolvente este o no casada pero la existencia de bienes gananciales o comunes influirá, en la composición de la masa activa, y en los bienes sobre los cuales puede hacerse efectivo el pago a los acreedores. Tanto las personas naturales como Jurídicas

están reguladas por normas generales del procedimiento, mismas que se han ido reformando ya que antes se referían solamente a la persona jurídica y en la actualidad se han incluido a las personas naturales, como son en el art. 184.7 de LC¹⁴⁴, en relación a la publicidad registral de la declaración judicial del concurso (art. 24.3 de la LC)¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Que se refiere a: “...Si no se conociera el domicilio del deudor o el resultado del emplazamiento fuera negativo, el Secretario judicial, de oficio o a instancia de parte, podrá realizar las averiguaciones de domicilio previstas en el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si el deudor fuera persona física y hubiera fallecido se aplicarán las normas sobre sucesión previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cuando se trate de persona jurídica que se encontrara en paradero desconocido el Secretario judicial podrá dirigirse a los registros públicos para determinar quiénes eran los administradores o apoderados de la entidad al objeto de emplazarla a través de dichas personas. Cuando el Secretario judicial agotara todas las vías para emplazar al deudor el Juez podrá dictar el auto de admisión del concurso con base en los documentos y alegaciones aportadas por los acreedores y las averiguaciones que se hubieran realizado en esta fase de admisión. Número 7 del artículo 184 redactado por el apartado cuarenta y dos del artículo decimoséptimo de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial («B.O.E.» 4 noviembre). Vigencia: 4 mayo 2010. Que como se ha dicho antes de las reformas se refería solamente a la persona jurídica.

¹⁴⁵ Dicho artículo hace la distinción en la forma de tratar según el Deudor:”... 1. Si el deudor fuera persona natural, se inscribirán preferentemente, por medios telemáticos, en el Registro Civil la declaración de concurso, con indicación de su fecha, la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales. Las referencias a «los administradores concursales» contenidas en la presente Ley, deben entenderse sustituidas por la fórmula «la administración concursal», conforme establece la disposición final primera de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). 2. Si el deudor fuera sujeto inscribible en el Registro Mercantil, serán objeto de inscripción en la hoja abierta a la entidad, preferentemente por medios telemáticos, los autos y sentencias de declaración y reapertura del concurso voluntario o necesario, de apertura de la fase de convenio, de aprobación de convenio, la apertura de la fase de liquidación, la aprobación del plan de liquidación, la conclusión del concurso y la resolución de la impugnación del auto de conclusión, la formación de la pieza de calificación y la sentencia de calificación del concurso como culpable, así como cuantas resoluciones dictadas en materia de intervención o

Por otro lado específicamente de la persona jurídica se pueden mencionar el art. 48 de la LC. Que se refiere a la Junta o asamblea de la persona jurídica deudora y su intervención durante todo el procedimiento concursal. En el art. 60.3, en relación a la interrupción de la prescripción, se regula que: "...Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora...". El art. 93.2, detalla también a las personas que se consideran especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica. De esta manera como referencia también a la especificidad del articulado de la persona jurídica en la LC. se puede mencionar el art. 145.3 relativo a los efectos de la liquidación para la persona jurídica. El art. 178.3 de la LC se refiere por otro lado a la conclusión del concurso: "...3. La resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme...". En referencia con el anterior siempre en referencia a persona jurídica, el art. 179.2, hace referencia a la reapertura del concurso de deudor persona jurídica concluido por liquidación o insuficiencia de masa. Así pues, también puede advertirse las particularidades en relación a la persona jurídica, que a pesar de tener un proceso general y común con la persona natural, sus cualidades le

suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre los bienes y derechos que integran la masa activa. Cuando no constase hoja abierta a la entidad, se practicará previamente la inscripción en el Registro..."

hacen tener regulaciones más específicas tomando en cuenta sus peculiaridades en aras de la mejor funcionalidad del proceso concursal.

3.3. El presupuesto objetivo: La Insolvencia.

El presupuesto objetivo del concurso de acreedores se define como la delimitación del estado patrimonial del deudor al que la ley relaciona y vincula la apertura del concurso¹⁴⁶. Es el factor desencadenante del concurso y como tal, constituye la determinación de la insolvencia y los distintos tratamientos atribuidos al concurso, además, exige la acreditación de un determinado estado del deudor, que según la LC se refiere al estado de insolvencia¹⁴⁷.

Por lo tanto, para tener capacidad procesal en un proceso concursal, además de la capacidad civil y procesal correspondiente se debe de tener legitimación activa, que es aquella característica que motiva el inicio del proceso concursal, la causa del mismo, que ha sido unificada en una sola para evitar dilaciones innecesarias y que en otros tiempos estaba repartida en muchos presupuestos que no permitían concretar en un procedimiento efectivo,

¹⁴⁶ GADEA E., *op. cit.*, p. 60.

¹⁴⁷ SATTA, S. , "Diritto Fallimentare", Ed. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 3ª. Edición. Padova , Italia. 1996. pp. 6, 10. En esa misma línea otro autor Italiano: Giovanni Lo Cascio (Diretto da) "Codice Comentato del Fallimento, disciplina comunitaria e transfrontalier disciplina tributaria". I edizione. Ed. IPSOA Grupo Wolters Kluwer. pp. 39,37.

y no aportaba fluidez al objetivo de satisfacción de los acreedores, y mucho menos a una posible recuperación o mantenimiento de la empresa.

El art. 2 de la LC, dice: "...Presupuesto objetivo. 1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. 2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. 3. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. 4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

1. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
2. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
3. El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.
4. El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y

demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades...”.

En estos términos el presupuesto objetivo es un concepto muy amplio, y no solamente mantiene una posición parecida a la que se tenía en el artículo 876 del Código de Comercio de 1885 sino que además se agrega como novedad la insolvencia inminente. En ese sentido, el actual proceso concursal en España, está íntimamente ligado al principio de unidad de sistema y de procedimiento antes estudiado, al establecer LA INSOLVENCIA como único presupuesto objetivo que condiciona la declaración del concurso, en la dicotomía entre la insolvencia actual e inminente. Todo esto dependiendo si es el deudor o el acreedor quien inicia el procedimiento. Además, la iniciación del concurso de acreedores debe darse en forma oportuna para cumplir con esa pretensión conservativa de la empresa que tiene el sistema concursal tal y como se estudió oportunamente, y que se dará de manera próxima en la medida en que se ponga de manifiesto la insolvencia ante el Juez de lo Mercantil. En otro caso, un concurso iniciado en forma tardía puede venir acompañado de un patrimonio insuficiente o inexistente con el que pagar a los acreedores. Por otro lado, el legislador establece la distinción entre una insolvencia actual y otra inminente, ya que se le da al deudor un mayor margen de maniobra, dando incluso la oportunidad de reorganizar su actividad empresarial, obligaciones o el patrimonio.

En conclusión, el presupuesto objetivo, es la condición que hace de detonador del proceso concurso y que se centra en ese “Estado de insolvencia del deudor común”, que se estudiará en un apartado especial, debido a su

complejidad y amplitud. A continuación, se detallan los antecedentes más cercanos para tener una idea de cómo se desarrolló dicho presupuesto en la Legislación española, para llegar a ser lo que hoy en día se entiende como tal.

3.3.1. Sistema concursal vigente hasta la ley 22/2.003, en relación al presupuesto objetivo.

Como se ha visto en capítulos anteriores, la mayoría de legislaciones tanto americanas como europeas en tiempos recientes, han basado su derecho concursal en varios sistemas que surgían de un contexto socio-económico privatista y liberal del siglo XIX, en el que la quiebra y los convenios desempeñan la misma función solutoria, para la satisfacción de los acreedores en los procesos concursales de la época. Las técnicas jurídicas que se utilizaron eran muy variadas de una legislación a otra y de las que se pueden mencionar:

a) La técnica de sustantivación de manifestaciones externas de la insolvencia, originada en las fuentes estatutarias medievales, que fue adoptada por el Código de Comercio de Francia de 1807, a través de la “Cesación de pagos” y que a su vez influyó a otros ordenamientos durante el siglo XIX, tales como Bélgica, Portugal, Italia y Alemania.

b) La técnica de delimitación del presupuesto objetivo de apertura de la quiebra sobre la base de una situación económica de fondo (insolvencia), sin

determinar las manifestaciones externas, modelo alemán, que era a su vez *numerus apertus* ¹⁴⁸. Y,

c) Determinación de las manifestaciones externas o de *numerus clausus*, seguido por los modelos inglés y americano¹⁴⁹.

Las definiciones anteriores, en relación a las técnicas, nos dan una panorámica general con el fin de comprender la evolución y el contexto bajo el cual se desarrollaba el presupuesto objetivo dentro del Derecho Concursal Español, que fue influenciada por algunas de ellas y adopta también algunos matices. En relación a los antecedentes más recientes, algunos autores sostienen que el Sistema Legal Español funcionaba siguiendo el sistema francés del Código de Napoleón, basado en la cesación de pagos o incumplimiento de las obligaciones para deducir el estado de quiebra, lo que se desprendía del art. 874 del Código de Comercio, que establece que se consideraban en quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones. Es decir, que dicho estado se identificaba con la insuficiencia

¹⁴⁸ Se puede denominar esta comprobación en la legislación concursal alemana como una comprobación judicial “*ex ante*” del presupuesto económico de fondo del concurso, cuando la solicitud del concurso provenga de un acreedor, de tal manera que la apertura del procedimiento concursal habrá de denegarse por el Juez si no se produce su convencimiento sobre la efectiva verificación del referido presupuesto económico del concurso. Por lo que quien inicia un procedimiento deberá de ofrecer un principio de prueba que de “credibilidad”. GONDRA ROMERO, J., “Funcionalidad del sistema concursal”, En: Estudios sobre el anteproyecto de Ley Concursal. *op. cit.* p. 155.

¹⁴⁹ PULGAR EZQUERRA, J., “El Presupuesto objetivo de la quiebra en el Derecho Español”, *op.cit.*, p. 22. OLIVENCIA RUIZ, M., “Planteamiento de la reforma concursal...”, En: Estudios sobre el Anteproyecto de ley Concursal. *op.cit.* p. 29-31.

patrimonial, lo que podía subsanarse si se comprobaba la suficiencia de bienes del quebrado, la misma se sustenta en la Exposición de Motivos del Código de Comercio vigente en ese momento¹⁵⁰.

Por otro lado, algunos autores defendían la posición doctrinal que sostiene la existencia de varios presupuestos objetivos que podían provocar la declaración, lo que dependía si el deudor era comerciante o no comerciante. Si era comerciante se hablaba de quiebra, y en caso del no comerciante de concurso de acreedores. En ambos casos, se buscaba la realización del patrimonio del deudor para la satisfacción de los débitos de los acreedores con la venta del producto líquido. Por otro lado, estaban los que pretendían evitar la ejecución colectiva cuyo proceso se denominaba suspensión de pagos si se trataba de evitar la quiebra y de quita y espera si se trata de evitar el concurso de acreedores. Algunos autores sostienen que existe una combinación de los hechos externos, con la delimitación de una situación económica de fondo, frente a la técnica francesa de sustantivación de hechos externos, y sostienen que es en Derecho Español donde se sitúa el origen de esta técnica cuya recepción se producirá posteriormente en el bloque de ordenamientos jurídicos anglosajones¹⁵¹.

¹⁵⁰ SANZ DE MADRID, C., “Derecho Concursal”, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 1ª ed. , 2005. p.32.

¹⁵¹ PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español”, *op.cit.*, p. 23.

En relación a cuerpos normativos, el régimen concursal español antes de la reforma, se conformaba por : a) El Código de Comercio de 1885, artículo 870 al 941, relativo a los aspectos sustantivos de la suspensión de pagos y de la quiebra; b) El Código Civil en relación a la quita y la espera; el concurso de acreedores y los créditos privilegiados de derecho común; c) La Ley de Suspensión de pagos de 26 de julio de 1922, sobre los aspectos procedimentales y sustantivos de esta institución; d) La Lec de 1881 relativo al procedimiento judicial de la quita y la espera, del concurso y de la quiebra, títulos XII y XIII; e) El Cdc 1829, al que se remitía de la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC) de 1881 relativo al orden de proceder, es decir sobre los procedimientos y órganos de la quiebra; f) Disposiciones especiales; g) Derecho Paraconcursal en relación a una variedad de procedimientos administrativos de intervención y saneamiento de las empresas o entidades de los sectores económicos regulados, en especial, del sistema financiero, los cuales subsisten con posterioridad a la vigencia de la actual ley concursal. Todo esto aunado a la grave dispersión de normas y el inconveniente de separar entre lo que era el derecho privado mercantil y civil, con una dualidad de soluciones dependiente de si el deudor insolvente era comerciante o no.

La problemática se daba al determinar al órgano encargado de fallar sobre la oportunidad de la quiebra y el momento definitivo en que debía producirse su declaración. La individualización tanto de la razón interna del concurso como de los hechos y circunstancias motivadores del mismo, hacen surgir con las reformas propuestas que se diseñe y motive un procedimiento capaz de sustituir el azar o el favor por un régimen de comunidad de pérdidas

sujeto al principio de paridad de trato de los acreedores, en aquellos casos en que el patrimonio del deudor común no basta para satisfacer íntegramente los créditos, siendo este marco general en el cual la doctrina concursalista española se ocupó del problema de la insolvencia como fundamento último de la quiebra y la relación de aquella con la exigencia jurídico positiva de la cesación de pagos¹⁵².

3.3.1.1. El presupuesto objetivo de la quiebra y de la suspensión de pagos antes de la reforma concursal.

El presupuesto objetivo de la quiebra, se basaba en el sobreseimiento general en los pagos, y se regulaba en el Cdc de 1885 en los arts. 870 a 941. Sobre ese sobreseimiento existían diferentes posiciones doctrinales, entre los que sostenían que el sobreseimiento era en sí mismo el presupuesto y los que decían que el sobreseimiento era presuntivo de la insolvencia. Para la identificación de dicho sobreseimiento se dieron varias teorías tales como: Los que sostenían que el sobreseimiento equivalía a cesación en los pagos, sin que se defina lo que debía entender como tal, en todo caso, el Juez determinaba

¹⁵² FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Los presupuestos de la Declaración de concurso”. VVAA, Comentarios a la Ley Concursal, Ed. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, España, 2004, p. 82.

lo que era sobreseimiento y lo que no, como una cuestión de hecho, según lo que se le había planteado¹⁵³.

Otros autores identificaron el presupuesto objetivo con la insolvencia en el sentido de ser el pasivo superior al activo, por lo que se entendía el sobreseimiento en el pago de las obligaciones corrientes como el dato decisivo para declarar la quiebra, considerándose como prueba al contrario el hecho antagónico (estar al corriente el pago) lo que autorizaba al juez a revocar la declaración de quiebra. En este último caso, la quiebra supone la insolvencia y se puede afirmar que el sobreseimiento es solo un indicio, ya que a *prima facie* no se tiene acceso a la contabilidad del deudor, y no podría ser de otra manera porque si no sería injusto, porque puede ser que en realidad el deudor tuviera bienes suficientes para cubrir la *par conditio creditorum*, de cualquier modo se desprende que en la imposibilidad de pagar tal y como se describe, reside la insolvencia¹⁵⁴.

¹⁵³ URÍA, R., “En torno a la reforma de nuestro Derecho concursal”, Ed. Cívitas, Madrid, 1982, p. 411.

¹⁵⁴ Recientemente la jurisprudencia ha definido al respecto que: “...No puede confundirse la situación de insolvencia que define el artículo 2.2. de la Ley Concursal cuando afirma que “se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”, con la situación de pérdidas agravadas, incluso de fondos propios negativos, que determinan el deber de los administradores de realizar las actuaciones que las leyes societarias les imponen encaminadas a la disolución de la Sociedad, y que, en caso de incumplimiento de tales deberes, dan lugar por esa sola razón a su responsabilidad con arreglo a la legislación societaria. En la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo, y sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario el activo puede ser superior al pasivo pero la deudora carezca de liquidez...”, TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª),

Por otro lado, están los que consideraron el sobreseimiento como exteriorización de un estado de insolvencia, que era entendida como toda situación en que se halla un patrimonio que resulta impotente para hacer frente a sus obligaciones, siendo que la misma no ha de ser parcial ni transitoria, sino más bien, grave y definitiva. Así pues el presupuesto objetivo era la situación de impotencia patrimonial, y la insolvencia debía de ser insanable y manifestada externamente del modo que la ley lo regulaba, es a lo que se le denominaba sobreseimiento. Los supuestos externos se materializaban en el hecho de que no cumplía sus obligaciones a su vencimiento, por lo que debía de considerarse como insolvente, porque era importante para el acreedor que se le pagará puntual e íntegramente lo adeudado. Tanto la demanda como el auto judicial de declaración de quiebra, tenían que basarse en circunstancias del deudor común que la ley consideraba como presupuestos objetivos que justificaban ese procedimiento.

Es importante resaltar el nexo que existe entre la quiebra y la suspensión de pagos, que estaba regulada en la Ley de Suspensión de pagos de 26 de julio de 1922, la que introdujo la identificación del presupuesto de la suspensión con el de la quiebra, con un alcance más formal que material ya que se reservaba la suspensión de pagos para supuestos de iliquidez, y se mantenía el mismo marco de relaciones entre quiebra y suspensión dentro del

sentencia núm. 122/2014 de 1 abril. RJ 2014\2159. Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) Sentencia núm. 405/2014 de 2 octubre. JUR 2015\32465. Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada Sentencia de 18 junio 2014. AC 2014\1052.

sistema determinado en el Código de Comercio de 1885. Para muchos autores la Ley de 1922, era la ley procesal de la suspensión de pagos prevista en el artículo 873 del Código de Comercio de 1829. Sin embargo, la suspensión de pagos se instituyó como una segunda instancia de los empresarios mercantiles, y constituía una de las cinco clases de quiebra establecidos en el código de comercio de 1885. Se aplicaba tanto a aquellos que tenían bienes suficientes para cubrir todas sus deudas y al que no tuviera capacidad de recursos para satisfacer la misma en su integridad, al tenor de lo que regulaba el artículo 870 del Código de Comercio. Dicha situación fue utilizada en forma fraudulenta por muchos empresarios por lo que la Ley de 10 de julio de 1897, modificó el artículo 870 del Código de Comercio el cual quedó vigente hasta que fue derogado por la Ley 22/2003, de esta manera se acortó esta amplitud y se dejó solamente la opción para aquellos comerciantes que tuvieran bienes suficientes para cubrir todas su deudas. Algunos autores han comparado esta situación con la insolvencia inminente y la quiebra parecida a la insolvencia actual¹⁵⁵. Dicha modificación se dio en un contexto en el que parecía que se favorecía especialmente la situación de la quiebra de la *Barcelona Traction Ligth and Power Co. Ltd.*, e indirectamente a los demás.

Se puede concluir, que la quiebra era una institución que tenía como presupuesto objetivo el “Sobreseimiento” en el pago corriente de las obligaciones, según lo regulado en el art. 874 del Código de Comercio. La suspensión de pagos fue una institución a disposición de los comerciantes que

¹⁵⁵ HERNANDEZ MARTI, J, *op. cit.*, p. 18-19.

“preveían” no poder pagar a sus acreedores y optaban por proponerles un convenio, aunque algunos autores afirman que la suspensión de pagos funcionó en la práctica como un expediente de jurisdicción voluntaria sin un presupuesto objetivo¹⁵⁶.

3.3.1.2. El presupuesto objetivo del concurso de acreedores antes de la reforma concursal.

El Presupuesto objetivo del concurso de acreedores, mucho antes de la legislación concursal actual, era una figura destinada a personas que no eran comerciantes, regulado en el art. 1913 del Código Civil, y en términos generales se refería al DEUDOR, cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes. Debía presentarse en concurso ante el Tribunal competente luego que aquella situación le fuere conocida. Aunado a ese desequilibrio entre el pasivo y el activo, se requería que dicho deudor hubiera dejado de pagar, como manifestación externa. Estaba basado en la quita y la espera y los créditos privilegiados de derecho común. En su regulación del art. 1158 LECiv. de 1881, se desprende que los acreedores únicamente podían instar el concurso del deudor común, cuando acreditaran que existían dos o más ejecuciones pendientes contra el mismo

¹⁵⁶ *ibid*, p.19.

deudor y que no habían encontrado en alguna de ellas bienes libres de otras responsabilidades, conocidamente bastantes a cubrir la cantidad reclamada¹⁵⁷.

El elemento esencial del presupuesto objetivo de los dos procedimientos conocidos mucho antes a la reforma concursal era básicamente la insolvencia del deudor comerciante, entendida como el estado objetivo de imposibilidad o incapacidad de satisfacer regularmente las propias obligaciones, denominado por algunos autores como insolvencia económica o técnica, representado por una situación de insuficiencia o por una situación de iliquidez. Pero dicho estado económico para penetrar en el mundo del Derecho debería manifestarse al exterior por algún hecho externo significativo. Se entendía que el presupuesto objetivo era la insolvencia, pero en sentido jurídico y el concepto de la misma estaba conformado por dos elementos: Situación objetiva de imposibilidad de satisfacer regularmente las propias obligaciones (insolvencia técnica o económica), y la manifestación o exteriorización de esa situación; o dicho en otras palabras el presupuesto objetivo del procedimiento de quiebra era la manifestación del estado económico de insolvencia patrimonial¹⁵⁸.

¹⁵⁷ MENENDEZ, A. "Sobre la moderna Escuela Española de Derecho Mercantil", Ed. Civitas, Madrid, 1993. p.p. 42-44; JIMENEZ SANCHEZ, G., "Las aportaciones de Don Joaquín Garrigues, Jurista y Universitario ejemplar", Madrid, 1996, p.p. 150-151; OLIVENCIA, "Prologo a Ramírez, J., la quiebra", Barcelona, 1998, p. XV.

¹⁵⁸ SUÁREZ –LLANOS GÓMEZ, L., "El presupuesto Objetivo del concurso: El estado de insolvencia", VVAA, Las claves de la ley concursal. Ed. Aranzadi, Navarra, España 2005, p. 33 y 34.

Por otro lado, el deudor debía de probar que a pesar de la falta de pago de una o más obligaciones, no había caído en estado de insolvencia. Actualmente el Derecho Concursal Español, considera como presupuesto general del concurso “la insolvencia”, que será estudiada en otro apartado ya que es un concepto que conlleva cierta complejidad.

3.3.2. La insolvencia como presupuesto general del concurso.

Históricamente en el Digesto romano se utiliza el verbo “*solvere*”, al referirse al hecho de “quedar liberado” de una obligación, por lo que “insolvente” es lo contrario a “solvens”, es decir el que incumple o no puede cumplir una obligación. Para comprender por qué la insolvencia es el presupuesto general del concurso, es necesario recordar el contenido en la Exposición de Motivos II de la actual Ley Concursal en donde se menciona que la Ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema y por consiguiente, la unidad el Presupuesto objetivo, que se deriva en lo que se denomina la insolvencia, que es una institución jurídica exclusiva de los procedimientos concursales y opera como un presupuesto unitario y flexible, dependiendo si es el deudor quien lo solicita (concurso voluntario), o si son los acreedores (concurso necesario), siguiendo de esta manera, la orientación alemana, lo que se desprende del párrafo 1º. del art. 2 de la ley, que se refiere

a que, la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común, quien no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles ¹⁵⁹.

La legislación actual regula como presupuesto único y común a cualquiera de las vías solutorias en que desemboque el procedimiento concursal, ya sea convenio o liquidación y con independencia del carácter comercial o no del deudor, a la insolvencia. Algunos autores sostienen e interpretan que la Ley establece tres presupuestos objetivos diferentes, que clasificados a nivel de gravedad de la situación son: 1. La insolvencia inminente regulada en el artículo 2.3. segundo inciso, la insolvencia actual, art. 2.2. y la que podría denominarse insolvencia cualificada, en la que el estado de insolvencia actual se añade la concurrencia de alguno de los hechos externos de especial gravedad que regula la ley, art. 2.4. de la misma Ley concursal¹⁶⁰. Entendemos que se debe partir de la insolvencia como único presupuesto objetivo del concurso, ya que si se toma en cuenta la segunda posición, se estaría retrocediendo a la antigua dispersión de presupuestos objetivos.

En este sentido, la Sentencia de la Sección 15^o de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de mayo de 2013, señala que para facilitar la petición de concurso necesario, a instancia de un acreedor, en concreto la

¹⁵⁹ PRENDES CARRIL, P., "Presupuestos del Concurso", VVAA, Guía Práctica Concursal, Ed. Aranzadi, S.A., Navarra, España, 2005, p. 28.

¹⁶⁰ ROJO, A, "Artículo 2. Presupuesto objetivo", VVAA, Comentarios a la ley concursal, Ed. Cívitas, T.I, Madrid, 2004, pág. 167. En ese mismo sentido: GONZÁLEZ LECUONA: "Comentarios al artículo 2", en CORDÓN (dir.) Comentarios a la Ley Concursal. Thomson-aranzadi, Pamplona, 2004, p. 86.

acreditación de la insolvencia, el art. 2.4. LC enumera una serie de hechos reveladores de tal estado, de modo que en principio basta invocar alguno de ellos para justificarla, entre otros, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Pero se debe precisar que el presupuesto del concurso no es el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones, sin perjuicio de que ello pueda operar como hecho revelador de la insolvencia, sino la incapacidad del deudor de atender regularmente el pago de las obligaciones exigibles. En este mismo sentido la sentencia 556/2014 DEL Juzgado número 10 de Barcelona de 16 de septiembre de 2014, en su numeral 92 del Fundamento de Derecho en el que se llega a la conclusión de que la situación de insolvencia se produce cuando el deudor es incapaz de atender regularmente y de manera generalizada el pago de sus obligaciones exigibles¹⁶¹. En esta misma línea en Sentencia núm. 122/2014 de 1 abril. RJ 2014\2159 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) se hace una matización importante al definir que el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor constituye uno de los hechos reveladores de la insolvencia según el art. 2.4 de la LC. Pero una solicitud de declaración de concurso necesario fundado en alguno de estos "hechos reveladores", entre ellos el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones¹⁶¹, puede ser objeto de oposición por el deudor, no solo alegando que el hecho revelador alegado no existe, sino también manteniendo que aun existiendo el hecho revelador, no se encuentra en estado de insolvencia (art.

¹⁶¹ Relacionadas con estas sentencias ver: Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) Sentencia núm. 279/2008 de 18 noviembre. AC 2009\67. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) Sentencia núm. 614/2011 de 17 noviembre. RJ 2012\3368;

18.2 de la LC). Y, al contrario, es posible que incluso no existiendo un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones exista una situación de insolvencia, porque el deudor haya acudido a mecanismos extraordinarios para obtener liquidez (por ejemplo, la venta apresurada de activos) al no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles¹⁶².

La Insolvencia se considera un presupuesto y no un fundamento para la solicitud del concurso, salvo cuando quien solicita es el propio deudor, en cuyo caso es presupuesto y fundamento a la vez, lo que resulta del contenido el art. 2 de la LC y del art. 18.2 del mismo cuerpo normativo que se refiere al caso en que el concurso no debe ser declarado, entre otros supuestos, cuando siendo ciertos y pertinentes los fundamentos invocados por el acreedor que lo ha instado, el deudor opone que no es insolvente, o sea, que no concurre el presupuesto objetivo¹⁶³.

Recientemente en la sentencia número 556/2014 del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona, dentro del Concurso voluntario número 70/2012, en el numeral 89 del Fundamento de Derecho, se dice que :“...*el referido Artículo 2 de la ley Concursal fija el llamado presupuesto objetivo del concurso, esto es, la situación de insolvencia y la define como establece esas*

¹⁶² Relacionadas a favor: Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) Sentencia núm. 19/2015 de 28 enero. AC 2015\162; Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) Sentencia núm. 405/2014 de 2 octubre. JUR 2015\32465. Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada, Sentencia de 18 junio 2014. AC 2014\1052.

¹⁶³ *ibíd*, p. 25.

presunciones a las que hacía referencia, previendo que “la declaración del concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente...”, la misma sentencia en el apartado 90 del Fundamento de Derecho define la insolvencia como una situación en que el deudor no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, esto es, incapaz de afrontar en forma general el pago de las mismas. Y fija las presunciones de un posible concurso necesario, las cuales debemos relacionarlas con lo indicado para el art. 5 de la Ley, en el sobreseimiento general de obligaciones corrientes, la existencia de embargos que afecten de manera general el patrimonio del deudor, el alzamiento o liquidación apresurada de bienes o el incumplimiento de obligaciones tributarias, de Seguridad Social o laborales en los tres (3) meses anteriores a la declaración.

En este sentido se pronuncia el Auto del Juzgado de lo Mercantil número uno de Santander de fecha 23/12/2005 (JUR 2006/299836, que se refiere en primer término a la delimitación de la insolvencia y en segundo término al derecho de defensa que protege al deudor y que le permite contradecir en el caso de que considere que no existe insolvencia¹⁶⁴. En la misma línea y

¹⁶⁴El auto citado en su apartado SEGUNDO, en la parte conducente: “...Aun cuando dicha regulación podría ser entendida como que cada uno de los supuestos de hecho a que se refiere constituye una presupuesto objetivo del concurso, una interpretación conjunta del artículo 2, 16 y 18 permiten concluir que la Ley Concursal (RCL 2003, 1748), coherente con su

manteniendo el mismo criterio el Auto del Juzgado de lo Mercantil número uno de Santander de fecha 28/04/2006 (AC 2006, 1471)¹⁶⁵.

principio de unidad, opta por la existencia de un presupuesto objetivo único: la insolvencia. Este presupuesto no se encuentra definido aunque sí descrito en el artículo 2, que se refiere a él como la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles. Por otro lado, el artículo 18 de la Ley Concursal permite que el deudor se oponga a la solicitud de concurso alegando la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en situación de insolvencia, correspondiendo en este caso al deudor la prueba de su solvencia. Interpretando conjuntamente los preceptos señalados y acudiendo a las reglas sobre la carga de la prueba establecidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34 y 962 y RCL 2001, 1892), se extrae que le corresponde al solicitante acreditar su condición de titular de un crédito frente al deudor que no haya sido adquirido dentro de los seis meses anteriores a la solicitud por actos inter vivos tras su vencimiento y a título singular. Igualmente, de existir oposición y negarse por el deudor la existencia de los hechos en que fundamenta la solicitud, le corresponde su prueba al solicitante. En cambio, de negarse que pese a la existencia de dichos hechos el deudor se encuentre en situación de insolvencia, le corresponde a éste su prueba. Lo anterior no puede entenderse que cause indefensión o suponga una desprotección de los acreedores puesto que el artículo 2.4 LC recoge unos hechos de los que podrá tener conocimiento el deudor, en algunos casos dependiendo de su naturaleza, puesto que así, claramente algunos hechos vienen referidos al acreedor Hacienda Pública o Tesorería General de la Seguridad Social o a los trabajadores, evitando con ello forzarles a acreditar la situación de insolvencia del deudor que con carácter general desconocerán por no tener datos sobre su situación económico financiera. De ahí que se instaure el sistema anterior que establece unos hechos que vienen a facilitar la solicitud de concurso por parte del acreedor al referirse a datos que puede conocer, correspondiendo al deudor, en su caso, la prueba de su no insolvencia que se configura claramente como presupuesto único tras ese tratamiento procesal de la solicitud de concurso necesario...”

¹⁶⁵ En su parte conducente en el apartado TERCERO de dicho auto: “...Lo anterior es una consecuencia de la flexibilidad de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) que conjuga la existencia de un único procedimiento con un presupuesto único con la realidad derivada de la pluralidad de situaciones fácticas, económicas y jurídicas. Por esta razón, el examen del presupuesto objetivo no puede desvincularse de la realidad a la que viene referido. Esto se colige necesariamente de la interpretación sistemática del artículo 2 con los artículos 14 y 18 de la Ley Concursal. De ellos se extrae que el único presupuesto objetivo es la situación de insolvencia, sin perjuicio de que la Ley establezca una serie de supuestos en los que se presume situación de insolvencia (artículo 2.4 referido a la solicitud del acreedor y 14 en cuanto a la solicitud del deudor). Así, a pesar de que concurran dichos supuestos, si el deudor justifica

La insolvencia se centra en el hecho objetivo de una imposibilidad de cumplir, cualquiera que sea la causa de esa imposibilidad¹⁶⁶. Insolvente no es solo el deudor que no tiene la capacidad para pagar a ninguno de los acreedores, sino también el que puede pagar a unos dejando insatisfechos a otros acreedores, el que puede pagar a todos sus deudores pero parcialmente o quien puede pagarles íntegramente, pero en un momento distinto al de su vencimiento. Para algunos autores es muy acertado que la LC no aluda a los

o de la documentación obrante en autos se extrae que no se encuentra en situación de insolvencia puesto que puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, no puede declararse el concurso...”

¹⁶⁶ El hecho de que sea indiferente la motivación de la causa de la imposibilidad del pago del deudor se ha expuesto en la jurisprudencia como por ejemplo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 18 de noviembre de 2008 en la que se describe que la insolvencia constituye una situación de hecho caracterizada por la imposibilidad de satisfacer de modo regular las obligaciones vencidas y que esa situación de hecho es compatible con la existencia de un balance saneado, si al propio tiempo la sociedad carece de la necesaria liquidez para atender aquellas....En otras palabras como ha señalado la doctrina especializada a propósito de la interpretación del artículo 2-2 de la Ley Concursal, es indiferente la causa de la imposibilidad de cumplir: es insolvente tanto quien no puede cumplir por carecer de bienes suficientes con los que hacer frente a las deudas, como quien no puede hacerlo, a pesar de tener patrimonio suficiente, por falta de liquidez, y a la postre, por falta de crédito...”. Más recientemente el Tribunal Supremo en la Sala de lo Social, en la sentencia número 6597/2013, de 21 de noviembre de 2013, número de recurso 1065/2012, define que desde la entrada en vigor de la LC, todos los procedimientos anteriores (quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores y quita y espera) quedaron sustituidos por un procedimiento único denominado “concurso”, que puede instarse y ser declarado en caso de “insolvencia del deudor común”, por no poder “cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”, a solicitud del propio deudor o de un acreedor, en ese sentido dicen que la mera insolvencia provisional de la empresa justifica la ejecución de la obligación subsidiaria del INSS. Por ello, no se trata de una presunción de insolvencia, sino para la satisfacción de los créditos en la medida que lo permitan los activos.

porqués de la imposibilidad por parte del deudor de cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles¹⁶⁷.

Por otro lado, el concepto de “insolvencia” constituye el estado general del patrimonio del deudor que no incide en el crédito de un acreedor en particular, o de alguno de ellos, sino a la totalidad de los acreedores, y se resume en la imposibilidad que ellos tienen de cobrar en ese caso, a lo que hay que atender es a la insolvencia del deudor y no a la imposibilidad de cobro por parte de los acreedores, que solamente es la consecuencia de la insolvencia¹⁶⁸. Lo que se trata de manifestar es que no cualquier dificultad que los acreedores puedan tener en el cobro de sus adeudos significa que se esté ante un estado de insolvencia, ya que la relación impago-insolvencia no es recíproca necesariamente, más bien lo que demarca la insolvencia es la IMPOTENCIA PATRIMONIAL para satisfacer las deudas vencidas, en este sentido en la L.C. el legislador supone y exige un sobreseimiento en los pagos, lo que redundará en el descuido del pago de los créditos que se reclaman.

Al concebir la insolvencia como la impotencia patrimonial para satisfacer deudas vencidas, se sigue la modalidad Alemana, *Insolvenzordnung* (InsO), en el sentido que la cesación de pagos es la forma de manifestación de la

¹⁶⁷ Dentro de los autores que sostienen esa posición entre otros: FERNANDEZ CARRION, C., *op. cit.*, p. 29; SUAREZ-LLANOS GÓMEZ, L., “El presupuesto objetivo del concurso: El estado de insolvencia”. VVAA, Las claves de la Ley Concursal, Editorial Aranzadi. Zaragoza, España, 2005, p. 41.

¹⁶⁸ VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., *op. cit.*, p. 94.

insolvencia más común, pero no la única, al distinguir entre la causa (insolvencia *Zahlunsunfähigkeit*) y su efecto principal, (cesación de pagos, *Zahlungseinstellung*). La insolvencia se considera un estado de hecho, ya que es la impotencia patrimonial del deudor para hacer frente a sus obligaciones y por tanto es primera en tiempo, y consiguientemente un antecedente de la cesación de pagos, mientras que ésta es el hecho jurídico del incumplimiento de las obligaciones¹⁶⁹.

Existen otros autores que consideran que en la Ley Concursal actual no se define en forma estricta la Insolvencia del deudor, y que se formula un concepto amplio al referirse al “no cumplimiento regular de las obligaciones exigibles”, y no menciona directamente las causas de dicha insolvencia, lo que hace pensar en que pueden haber muchas posibilidades para comprender situaciones de desbalance o insuficiencia patrimonial y situaciones de iliquidez crónica y no superable: a) Con un recurso al crédito o si a situaciones de insolvencia patrimonial (contable o económica: activo inferior al pasivo, pero que será diferente si es el resultado de tomar en consideración los valores contables o los valores de mercado). b) Situaciones de insolvencia financiera (falta de tesorería para el cumplimiento de las obligaciones de pago). Y, c) Insolvencia negocial (incapacidad de generar recursos, que se definiría a partir de la cuenta de pérdidas y ganancias)¹⁷⁰.

¹⁶⁹ SUAREZ BLAVIA, A., *op. cit.*, p. 70.

¹⁷⁰ SUÁREZ –LLANOS GÓMEZ, L., *op. cit.*, p. 40. En este mismo sentido: CANDELARIO MACÍAS, M., *op.cit.*, p. 32, 33.

Otros autores, entienden que el concepto del actual concurso descansa exclusivamente en la insolvencia, entendida *ministerio legis*, como incapacidad permanente de un patrimonio para satisfacer todas las deudas que sobre él pesan, siendo que el sobreseimiento en el pago no pasa de ser por tanto, más que una mera manifestación externa de la insolvencia. Un indicio que va más allá del incumplimiento al generar un estado o situación patrimonial que afecta a la totalidad de los acreedores y se traduce en incumplimientos reiterados e importantes con relación al volumen patrimonial del deudor¹⁷¹.

En suma, al referir a la Insolvencia, se está ante un estado objetivo patrimonial del deudor y no de una actitud personal suya, y la imposibilidad se proyecta sobre el cumplimiento de cualquier tipo de obligaciones del deudor, y no sólo de las obligaciones con prestación dineraria. En todo caso no importa si el deudor es solvente o insolvente, cuestión que afecta a su ámbito interno, sino lo que interesa es comprobar al momento de la declaración de concurso paga o no sus deudas, lo que automáticamente se constituye en una manifestación externa de la insolvencia. La insolvencia no es solamente el requerimiento procesal que provoca una resolución judicial, sino más bien una situación de hecho¹⁷².

¹⁷¹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *op.cit.*, p. 84.

¹⁷² En este sentido es importante resaltar lo que se ha dicho en la jurisprudencia: “...*El criterio legal de atribución de responsabilidad no se fundamenta en la insolvencia que dio lugar al proceso y definida en el artículo 2 de la L.C., sino en la conducta activa u omisiva del deudor, dolosa o culposa grave, respecto a la producción o agravación de aquella insolvencia, no la insolvencia misma...*”. JUR\2014\249775, Juzgado de la Mercantil número 6 de Madrid, sentencia del 30 de septiembre de 2014.

De una manera simplificada, la insolvencia como un todo, se da en tres vías: 1) Insolvencia que resulta de la incapacidad actual del deudor de cumplir sus obligaciones exigibles. 2) La insolvencia Inminente. Y, 3) La insolvencia fundamentada en cualquiera de los hechos que detalla el artículo 2.4. de la LC¹⁷³.

Es importante mencionar que la tendencia en la actualidad en España está orientada a detectar la insolvencia en sus etapas primigenias y provocar en la medida de lo posible acuerdos extrajudiciales y refinanciamiento de las empresas que sean viables, así como también para adelantar la liquidación en casos que en los que no merezca llegar a un proceso concursal infructuoso, y con determinados requisitos que han sido estudiados anteriormente. Todo ello como consecuencia de los cambios políticos y legislativos de una crisis económica que ha estado marcando todas las reformas sobrevenidas a la LC del 2003 y que serán analizadas en capítulos posteriores.

3.3.3. Del concurso voluntario de acreedores.

La solicitud del concurso voluntario de acreedores está regulado en los arts. 2.3 y 6.1 de la L.C. y se puede definir como una causa automática de apertura del concurso, al constituir la solicitud el reconocimiento del estado de

¹⁷³ *ibíd.*, p. 100.

insolvencia, y no opera el sistema de comprobación *a priori*, previo contradictorio entre el deudor y el acreedor, debido a su carácter voluntario.

En esta clase de concursos se pretende, de parte del legislador, atribuir al mismo una función preventiva, anticipando la apertura del concurso a un momento en el que aún no hay insolvencia, pero es previsible que la haya. Se parte del tradicional carácter confesorio de la solicitud del deudor pero al mismo tiempo se crea el riesgo de que el deudor cuya situación económica real no justifique la declaración de un procedimiento concursal, y realice la solicitud con el objeto de trasladar y compartir su riesgo con los acreedores, intentando forzar un convenio que de otro modo no podría alcanzar¹⁷⁴.

Por otro lado, la solicitud del concurso voluntario es una actividad exigida al deudor de una manera tajante por el art. 5.1 de la L.C. al instituir una obligación para el deudor quien “debe” solicitar el concurso de acreedores en un plazo específico desde que es de su conocimiento la causa, como consecuencia no tiene carácter potestativo, ya que deviene de un “deber legal”, y cuya omisión es calificada si existe dolo o culpa grave con las respectivas consecuencias legales de no hacerlo¹⁷⁵.

¹⁷⁴ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L, *op. cit.*, p. 88.

¹⁷⁵ SANCHEZ CALERO F, “Concurso Voluntario de Acreedores”, VVAA, Instituciones de derecho mercantil, 26ª. Ed. Tomo II, Madrid, 2004, p. 457. El artículo 5 de la LC establece al respecto que: “...1. *El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*; 2. *Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a*

El concurso voluntario, puede desprenderse en dos vías: La primera de un hecho cierto, lo que le convierte en un concurso voluntario actual. La segunda de una situación de hecho previsible lo que significa que es un concurso voluntario inminente. En todo caso, es al Juez a quien le corresponde el deber de examinar y resolver lo que el deudor le presente.

3.3.4. Del concurso necesario de acreedores.

El concurso necesario de acreedores, está regulado en el art. 2.4. y 7 de la LC, y se trata de aquel que faculta al acreedor a que inste la declaración de concurso, y a expresar en la solicitud respectiva el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición, vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo. Por otro lado, también procede el concurso necesario en relación al deudor que está obligado a presentar la solicitud en los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. En este sentido, el art. 5 de la L.C. antes citado, regula esta situación de deber hacia el deudor y constituye en rigor una obligación en sentido técnico o carga, y tiene como consecuencia su omisión el camino a la presentación de una propuesta anticipada, convenio, quedando sujeto el mismo a la finalización del trámite respectivo.

una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente...”.

Por otro lado, se deben tomar en cuenta para la operatividad de esta clase de procesos el carácter concreto y de aplicación del listado de supuestos establecidos en el art. 2 de la LC. Sin embargo, en la práctica pueden darse situaciones en las que existiendo insolvencia como situación económica de fondo, el procedimiento no pueda declararse por no manifestarse exteriormente a través de los hechos preestablecidos en el articulado antes enunciado, lo que ha sido criticado por algunos autores que presuponen la actualización de los indicadores de insolvencia, en el bien entendido de que los hechos tipificados en el artículo antes nombrado no determinan por si solos la declaración del concurso, sino que se hace precisa la verificación por parte del juez en fase de apertura de la concurrencia de una situación de insolvencia ¹⁷⁶.

Como manera de prevención, el legislador ha instaurado en la LC un sistema de comprobación *a priori* en caso de concurso necesario del presupuesto objetivo, para así tratar de evitar los problemas inherentes a la revocación del auto de apertura del concurso y la correlativa indemnización de daños y perjuicios. En el concurso necesario el acreedor deberá fundar la solicitud en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio, sin que del embargo resulten bienes libres bastantes para el pago o en la existencia de algunos de los hechos regulados en el art. 2.4. de la LC y que se desarrollaran más adelante.

¹⁷⁶ PULGAR EZQUERRA, J., "El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español", *op.cit.*, p.79.

En suma, se le impone al acreedor solicitante la acreditación de determinados hechos referidos al incumplimiento de obligaciones o situación patrimonial, sin poder éste fundamentarse en una previsión de insolvencia, por muy inminente que ésta parezca. Se puede desprender de la nueva redacción de los artículos 7 y 15 de la L.C. contenida la Ley 38/2011, así como de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la existencia de relevantes modificaciones en la alegación y apreciación de los hechos externos determinantes de la declaración de concurso necesario, ya que dicha reforma altera los requisitos de contenido de la solicitud concursal a instancia de persona distinta del deudor y que viene a recoger la doctrina jurisprudencial (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 15 de 18.4. 2006 y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28 de 28.6.2010, respecto a la exigencia de alegación e invocación expresa en la solicitud del hecho o hechos relevadores invocados, a los cuales habrá de ir dirigida la prueba propuesta, como mecanismo necesario para garantizar los principios de contradicción, alegación y defensa del deudor que se oponga a dicha declaración¹⁷⁷.

¹⁷⁷ VAQUER MARTIN, F., *et al*, “Los Presupuestos del Concurso de acreedores”, La reforma de la ley concursal analizada por especialistas. Ed. Dykinson, S.L., Madrid 2,012, pp. 53 y 54.

3.3.5. Los elementos del presupuesto objetivo del concurso regulados en el art. 2 de la LC Española.

El artículo 2 de la L.C. es el punto clave del nuevo régimen legal en la materia ya que contiene la definición de una situación efectiva que da lugar a un presupuesto procesal del que se hace depender, junto con el presupuesto subjetivo la iniciación del proceso Concursal, lo que es un mérito, ya que ha sido relevante la unificación lograda ante la dificultad de reconducir la insolvencia de cualquier deudor a un concepto uniforme y preciso, lo que se ha logrado al obtener un concepto unitario, y con una flexibilidad para aplicarlo a las diferentes clases de concursos. Dicho artículo de la LC no se ha modificado por las reformas que se han ido sucediendo por lo que el concepto de insolvencia, entendido como la imposibilidad, sea cual fuera la causa, de cumplir en forma regular, sin sobreesfuerzos financieros, y de modo generalizado, con las obligaciones líquidas y vencidas aunque no sean exigibles debe estimarse plenamente vigente¹⁷⁸. Esa importancia del artículo antes referido hace que dentro del presente estudio se analice de manera pormenorizada los elementos que contiene y que han sido estructurados en razón de su enunciación en la ley de la forma que sigue:

¹⁷⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, de 8.5.2008.

3.3.5.1. Procedencia del concurso en caso de insolvencia del deudor común.

Como se puede apreciar en apartados anteriores al definir lo que es la insolvencia, el art. 2 de la L.C. en su inciso 1 indica que la procedencia del concurso surge por la insolvencia del deudor común. Por lo que desde ese momento queda muy claro que quedan fuera todas las ejecuciones individuales, ya que se está limitando a un conjunto de acreedores (una pluralidad), en contra de un deudor. Por lo que se sitúa como centro del nuevo sistema la INSOLVENCIA DEL DEUDOR COMÚN, y es el punto de partida para continuar con la descripción del presupuesto objetivo dependiendo de quién es el que solicita el concurso de acreedores. De esta manera se ve un claro indicio de que en la LC prevalece el interés de los acreedores a la satisfacción de sus créditos, estableciéndose como presupuesto general la solicitud de los acreedores o del deudor en el caso de la insolvencia actual y de la inminente por parte del deudor, situaciones que se estudiarán en otro apartado, pero como se puede observar, todo el desarrollo del presupuesto objetivo guarda relación entre sí, desembocando cada elemento en el concepto de la Insolvencia.

3.3.5.1.1. La imposibilidad de cumplir regularmente.

La imposibilidad de cumplir las obligaciones a las que estuviera obligado el deudor, constituye la razón de fondo del concurso, y se refiere al hecho de que

el mismo no tenga medios de pago necesarios para cubrir esas obligaciones. Es decir que la connotación de esta imposibilidad no va ligada a que no quiera pagar la deuda, sino que no puede, por no contar con los medios o no contar con ellos suficientemente, por lo tanto, no existe insolvencia si cuenta con medios de pago¹⁷⁹. Como consecuencia lo relevante es esa imposibilidad para cumplir con sus obligaciones, con independencia de la causa subyacente, con lo que se busca evitar situaciones de referencia a una situación de activo menor que pasivo típica Norteamericana, o al quebrantamiento del crédito al modo del Derecho Belga, y pierden interés situaciones como la suficiencia o la falta o agarrotamiento del crédito.

El incumplimiento al que se refiere este presupuesto es un hecho jurídico que puede tener como origen muchísimas causas, sin embargo el mero hecho de incumplir no significa, como se ha dicho, que el deudor no puede cumplir (la causa del incumplimiento puede ser múltiple)¹⁸⁰, solamente habrá insolvencia en el supuesto de que exista “IMPOSIBILIDAD” de cumplir. En esa misma línea, se postula una interpretación restrictiva de los amplios términos en que se define en la LC considerando que únicamente la iliquidez definitiva determina el concurso y no aquellas faltas de liquidez que dificultan pero no

¹⁷⁹ Al referirse a medios de pago se pueden mencionar que estos los genera la propia actividad a la que se dedica el deudor, están facilitados por un tercer como una Institución crédito, o se puede agregar como hecho que desvanece la insolvencia la emisión de un empréstito, como emisiones de pagarés ofreciendo intereses mayores a los el mercado entre otros. HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *op. cit.* p. 29-30.

¹⁸⁰ ROJO, A., *op. cit.*, p. 169.

imposibilitan, a corto plazo el cumplimiento por el deudor de sus obligaciones¹⁸¹.

Así pues, otros autores consideran que si la insolvencia es un modo de ser del patrimonio que no requiere manifestarse en incumplimientos frente a obligaciones vencidas líquidas y exigibles. El incumplimiento es un modo de ser del deudor que se manifiesta en una actitud negativa frente a una actual, líquida y exigible, por lo que se entiende que la incapacidad del empresario para pagar todas sus deudas es el resultado de un juicio valorativo sobre una situación económica y el concepto económico de insolvencia, se completa necesariamente con la nota de exteriorización, convirtiéndose en un concepto jurídico¹⁸².

Por otro lado, al concepto de incumplimiento se le agrega la cuestión de regularidad del mismo que deriva en una continuada falta de liquidez, de una manera común o corriente para el deudor en cuestión. Sin embargo, este incumplimiento regular no es que sea perpetuo, y en principio sería la facultad del Juez el determinar en cada caso la procedencia y fundamento de la insolvencia, pero para ser más exactos y fundamentar esa imposibilidad la LC establece plazos para esa circunstancia, como por ejemplo, los tres meses en

¹⁸¹ PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores “, *op. cit.*, p. 322. VÉLAZ NEGUERUELA, J., “El concurso de acreedores y la insolvencia”, Ed. Bosch, S.A. Barcelona. 2009. p. 19.

¹⁸² DUQUE DOMINGUEZ, J., “Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económicas de la empresa y sobre su reforma”, Anuario de derecho civil, ISSN 0210-301X, Vol. 33, N° 1, 1980, p. 29.

los sobreseimientos sectoriales del art. 2.4.4. de la LC, a los cuales se hará referencia más adelante, pero que se mencionan para demostrar esta circunstancia, en la misma línea en el art. 5 de la misma LC, se establecen que el deudor solicite el concurso en el plazo de dos meses. Por lo tanto estos plazos se establecen para que el deudor se procure de financiación o para que decida su salida del mercado, sin esperar más tiempo que ese que se establece expresamente en la Ley.

Esa regularidad a la que se hace referencia antes, también tiene inmerso el cumplimiento de las obligaciones efectuado con los medios empleados en el ejercicio ordinario de la empresa, por ejemplo, sería regular acudir al mercado de crédito y no lo serían liquidaciones apresuradas y ruinosas¹⁸³. Así pues, el cumplimiento regular será aquel que tenga lugar de conformidad con los medios ordinarios corrientes, regulares, de que disponga el deudor¹⁸⁴.

Sin embargo, solamente la Insolvencia entendida como incapacidad de “cumplir regularmente las obligaciones exigibles”, justifica en reparto del déficit y correlativa sustitución de las ejecuciones individuales por las colectivas.

¹⁸³ PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español”, *op. cit.*, p.62; y en la misma línea: GADEA, E., *op. cit.*, p. 61.

¹⁸⁴ Al respecto se refiere la sentencia 218 del Juzgado de de lo Mercantil No. 1. Santander de fecha 28/04/2006.

3.3.5.1.2. La exigibilidad en las obligaciones.

El concepto de exigibilidad, se refiere a la cualidad por medio de la cual, la obligación es reclamable por vía judicial y puede dar lugar a una acción, no entrando dentro de estas las obligaciones naturales, ni aquellas cuyo título constitutivo se encuentre afectado por un vicio de invalidez que determine su inexistencia o su nulidad¹⁸⁵. Por otro lado, las obligaciones a las que se refieren la LC no especifica las obligaciones que se comprenden dentro del concepto. Se puede inferir, tomando como base la definición general de obligaciones como aquellas jurídicamente relevantes que tengan o terminen en obligaciones dinerarias, y están comprendidas tanto las obligaciones de dar, hacer, y no hacer. La trascendencia para entrar dentro del concepto de exigibilidad es que las mismas hayan llegado a su vencimiento natural o anticipado, o bien que se haya cumplido la condición si la tuviere, y que el objeto de la obligación ha quedado cierto y determinado y provoque una liquidación de la deuda, y estará vencida cuando el deudor debe realizar la prestación y el acreedor tiene derecho a esperarla según las regulaciones respectivas en el Código de Comercio y en el Código Civil, así mismo aquellas que no se ven afectadas por ninguna condición, plazo o circunstancia similar.

¹⁸⁵ Al contrario, R. BERCOVITZ, quien opina que ni la palabra regularmente, ni la palabra exigibles, añaden nada a este concepto de insolvencia, tampoco la palabra puntualmente que se recoge en el artículo 2.3. de la LC, a su juicio, todas esas precisiones quedan incluidas en “el cumplimiento normal de las obligaciones”, en “Comentarios a la Ley Concursal”, Vol. I, coordinados por el autor citado, Madrid, 2004, p. 38.

Pero en la doctrina se discute en relación a la cantidad de deudas que deben de estar impagadas para concluir que el deudor se encuentra en un Estado de Insolvencia, ya que en la LC no se establece de una manera clara. Sin embargo, lo correcto es atribuir un estado de insolvencia cuando se opte por la medida cautelar de un embargo y ello no sea posible por no existir bienes o no los suficientes, o los suficientes pero no libres de gravámenes anteriores: Embargo ineficaz o imposible, en estos casos sí que basta el impago de una deuda, porque está claro que si en razón de ella no se puede lograr un embargo eficaz, para que esperar que otros acreedor tomen la misma vía sin tener obtener éxito¹⁸⁶. Así pues, tendrán efectividad para ser tomadas en cuenta en el proceso concursal solamente esos embargos ineficaces producto de una ejecución.

3.3.5.2. La solicitud del concurso de acreedores por el deudor.

La solicitud del concurso de acreedores puede hacerse por el deudor, en cuyo caso consiste en el reconocimiento del Estado de Insolvencia de parte del mismo y que en ciertas circunstancias especiales, se convierte en algo obligatorio, tal y como lo regula el art. 5 de la LC.

Ese papel atribuido al “Estado de Insolvencia”, explica y justifica que junto al endeudamiento, tal extremo deba ser debidamente justificado por el deudor en su solicitud de declaración de concurso, art. 2.3. LC, cumpliendo con

¹⁸⁶ VASQUEZ IRUZUBIETA, C., *op. cit.*, p. 95.

los requisitos formales relativos al acompañamiento de la documentación necesaria, para poder acreditar dicho estado. Todo esto debido a que se deduce que el Deudor conoce perfectamente su situación económica y financiera, por lo que podrá acreditar su solicitud y aportar la prueba respectiva de sus movimientos patrimoniales. Presentada la solicitud por el deudor y la documentación antes referida, la exigencia de la Ley recae en el Órgano Jurisdiccional, en relación al examen de lo presentado para verificar si efectivamente el deudor se encuentra y acredita un estado de insolvencia.

Se da en estos casos de solicitud por el deudor, la característica que ese estado de insolvencia al que se hace referencia en el párrafo anterior puede ser “ACTUAL” o “INMINENTE”, los cuales se estudiarán de manera más extensa en apartados posteriores. En principio se puede adelantar que al hablar de la primera, se trata de una situación en la que es él mismo (refiriéndonos al deudor), quien declara que se encuentra insolvente por no poder cumplir regularmente el pago de sus obligaciones corrientes, y para acreditar dicha cuestión no le es preciso recurrir a presunciones ni a otra clase de prueba, ya que la realidad que demuestra su propia documentación es suficiente, en referencia a la insolvencia actual. Por otro lado, el deudor puede justificar una insolvencia inminente, ya que prevé que no podrá cumplir “REGULAR Y PUNTUALMENTE”, sus obligaciones.

Es importante resaltar en este punto, que el hecho de que la insolvencia mediante la cual se presente el deudor sea actual, no significa que haya habido falta de previsión de su parte. Sin embargo del art. 5 de la LC se desprende

como principio esencial que el hecho de solicitar el concurso no es una facultad del deudor sino un deber legal, ya que el mismo tiene conocimiento de su estado de insolvencia, y el rigor que se desprende de la ley en cuanto al incumplimiento de solicitar en última instancia basado en una insolvencia actual, autoriza a una presunción de dolo o culpa grave que posibilita la calificación del concurso como culpable, lo que es una presunción *iuris tantum*, de culpabilidad del deudor cuya destrucción debe de estar bien acreditada con una satisfactoria justificación de la tardanza en el cumplimiento del deber antes enunciado.

3.3.5.2.1. La justificación del endeudamiento y estado de insolvencia.

La valoración de la insolvencia se basará en una apreciación de actos externos del deudor frente a sus acreedores, sin atender a cual sea la integridad de su patrimonio o su capacidad para hacer frente a las deudas asumidas. La solicitud de concurso será estimada en el grado en que se acredite un sobreseimiento en los pagos basado en un hecho cierto que el deudor puede en todo caso impugnar por medio de una oposición y que traslada sobre él la carga de probar que ese incumplimiento realmente no existe.

En relación al endeudamiento, se debe entender como la simple existencia de obligaciones exigibles, cuyo valor excede del que cabe atribuir a los distintos bienes que integran el patrimonio del deudor y que puede aplicarse

a cualquier supuesto, siendo muy importante la aplicación del principio de la continuidad del negocio.

Para las personas físicas la situación de justificación de endeudamiento es más complejo debido a su posición como consumidor, y cuyo trato supera el del proceso concursal, ya que la materia del consumidor recomienda solucionar las incidencias de una manera pre o extra concursal, sin embargo no existen legalmente¹⁸⁷. Así pues, el endeudamiento será el preámbulo de la insolvencia o la justificación de su carácter inminente, allí donde la previsión del deudor acredite que no va a ser capaz de hacer frente a sus deudas sobre la base de los ingresos regulares o previsibles que éste pueda acreditar¹⁸⁸.

En el caso de las personas jurídicas empresarias el sobreendeudamiento es aparentemente de fácil verificación. Toda vez que se puede establecer a partir de la contabilidad y de la importancia que en su activo tienen los fondos propios, por lo tanto se le impone a los Administradores de la Sociedad que deben de poner mucha atención a las circunstancias del endeudamiento y la posible incidencia en la continuidad de la empresa.

Por otro lado, es importante hacer referencia al tema de la infracapitalización, como presupuesto objetivo del concurso, y se entiende

¹⁸⁷ TRUJILLO DIEZ, I., "Estudio jurídico en el marco de la colaboración entre la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios del Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha", 2003, p 10.

¹⁸⁸ SANCHEZ CALERO, J., *op. cit.* p. 115.

como una insuficiencia de capital que podrá ser el ápice de una insuficiencia patrimonial, que determina la futura y próxima incapacidad para cumplir sus obligaciones. La Infracapitalización debe de ser acreditada por el propio deudor como un presupuesto de una posible insolvencia venidera, en atención a lo que se adeude, o al periodo de pago de sus obligaciones o de cualquier otra circunstancia esencial que refleje la insuficiencia de recursos propios y que la misma se va a prolongar y que con dicha situación, la sociedad no será capaz de atender a sus obligaciones en una próxima fecha.

3.3.5.2.2. La insolvencia actual.

La Insolvencia actual surge en los casos en que el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, independientemente de la causa que le impida un determinado cumplimiento, que se estaba llevando de forma regular y que puede llegar a abarcar los casos de falta de crédito o iliquidez, conocidos como supuestos de insolvencia provisional. Ya que se entiende que el deudor en el momento no puede enfrentar sus pagos, pero que tiene activo o patrimonio suficiente para cubrirlos, y por otro lado, el caso de la llamada insolvencia patrimonial o definitiva, que sucede cuando el activo es inferior al pasivo, conocido también como insolvencia propiamente dicha.

La LC utiliza un concepto amplio de insolvencia actual dejándose al arbitrio del juez del concurso la tarea de determinar caso por caso si concurre o no una situación de insolvencia, con unos márgenes más amplios a los

establecidos en el art. 2.4. de la LC. que podrían resultar insuficientes. Sin embargo, tiene relevancia el hecho de quien es el que solicita el concurso de acreedores, ya que si se trata de que dicha solicitud sea hecha por un acreedor, su solicitud debe estar basada en alguno de los presupuestos establecidos en el art. 2, párrafo 4º, de la LC¹⁸⁹. De esta manera, el solicitante debe probar los hechos en que funde su solicitud, y el deudor debe de ser emplazado antes de que el juez decida sobre la apertura o no el procedimiento, pudiendo oponerse a la demanda y consecuentemente probando su solvencia. Dentro de los presupuestos establecidos como *numerus clausus*, la controversia ha estado enfocada en el último inciso que se refiere al incumplimiento de obligaciones de carácter público como el pago de obligaciones tributarias o de Seguridad Social. Sin embargo en la doctrina se coincide en que esos supuestos más que indicar la insolvencia son medios para proteger de los derechos de estos acreedores específicos¹⁹⁰.

¹⁸⁹ El artículo 2, en el numeral 4º. Establece que: “Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos: 1º. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor; 2º. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afectan de una manera general al patrimonio del deudor; 3º. El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor; 4º. El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud del concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades”.

¹⁹⁰ Al respecto: PULGAR EZQUERRA J., “La Declaración del concurso de Acreedores”, *op. cit.*, p.368; GARCIA VILLAVERDE, R., “El anteproyecto de Ley Concursal español: las bases

Por otro lado, si la solicitud del Concurso de Acreedores es planteada por el mismo deudor, aduciendo insolvencia actual, como regula el art. 2.3. de la LC, éste debe de presentar la solicitud basado en alguno de los hechos descritos en el artículo 2, párrafo 4º. de la ley concursal, o también pueden ser otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor, es decir, en el caso de la solicitud del deudor se convierte en *numerus apertus*. De este modo, en primer término el deudor debe de justificar su endeudamiento, es decir su condición de deudor, y en segundo lugar su estado de insolvencia, entendido como hemos visto con anterioridad, el estado que le impide cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. En este sentido la LC, asume la presunción *iuris tantum*, de que el deudor conoce su estado cuando se han producido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario en los términos establecidos anteriormente¹⁹¹.

de una reforma esperada”, en Actualidad Jurídica Aranzadi, 2001, p. 68; GADEA, E., o. cit., p. 63.

¹⁹¹ Respecto de la solicitud de concurso presentada por el deudor según lo regulado en el artículo 6 de la LC, deberá expresar si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente y se deben de acompañar los documentos siguientes: 1.º Poder especial para solicitar el concurso. Este documento podrá ser sustituido mediante la realización de apoderamiento *apud acta*. 2.º La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial. Si el deudor fuera persona casada, indicará en la memoria la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio. Si el deudor fuera persona jurídica, indicará en la memoria la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia, de los administradores o de los liquidadores y, en su caso, del auditor de cuentas, así como si forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades integradas en éste, y si tiene admitidos valores a cotización en mercado secundario oficial. Si se tratase de una herencia, se indicarán en la memoria los datos del causante. 3.º Un inventario de bienes y derechos, con

En relación a la insolvencia actual la jurisprudencia es muy variada, pero se pueden mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), número 279/2008, de 18 de noviembre AC 2009\67, que interpreta el art. 2.2 de la L.C. y define el estado de insolvencia de la siguiente

expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación. 4. ° Relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones. *Apartado 4. ° del número 2 del artículo 6 redactado por el número dos del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012.* 5. ° La plantilla de trabajadores en su caso y la identidad del órgano de representación de los mismos si lo hubiere. *Apartado 5. ° del número 2 del artículo 6 introducido por el número dos del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012;* 3. Si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad, acompañará además: 1. ° Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios. 2. ° Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor. 3. ° Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras. 4. ° En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período. 4. ... *Número 4 del artículo 6 derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012;* 5. Cuando no se acompañe alguno de los documentos mencionados en este artículo o faltara en ellos alguno de los requisitos o datos exigidos, el deudor deberá expresar en su solicitud la causa que lo motivara.

manera: "constituye una situación de hecho caracterizada por la imposibilidad de satisfacer de modo regular las obligaciones vencidas y que esa situación de hecho es compatible con la existencia de un balance saneado si, al propio tiempo, la sociedad carece de la necesaria liquidez para atender aquellas. En otras palabras, como ha señalado la doctrina especializada a propósito de la interpretación del art. 2-2 de la Ley Concursal, es indiferente la causa de la imposibilidad de cumplir: es insolvente tanto quien no puede cumplir por carecer de bienes suficientes con los que hacer frente a las deudas como quien no puede hacerlo, a pesar de tener patrimonio suficiente, por falta de liquidez y, a la postre, por falta de crédito. Por otro lado, pese a que como regla general el incumplimiento de las obligaciones exigibles es presupuesto del estado de insolvencia, cabe también la posibilidad de que dicho estado sea apreciable a pesar de cumplimiento cuando éste no se lleva a cabo con la "regularidad" prevista en el art. 2-2, o lo que es igual, cuando el deudor consigue satisfacer las deudas exigibles valiéndose de medios anormales como lo sería la enajenación apresurada de sus activos para conseguir liquidez. Por lo tanto, la eventual existencia de un circulante ciertamente abultado pero nutrido casi con exclusividad por derechos de crédito frente a terceros que la propia concursada reconoce que no se estaban haciendo efectivos y cuya efectividad resultaba en todo caso incierta es circunstancia que, por más que pueda sanear contablemente la cifra de fondos propios contenida en un balance, jamás será capaz de permitir, desde el punto de vista material, el cumplimiento de las obligaciones vencidas o que iban venciendo a lo largo de la anualidad examinada (2004). Por otro lado, como se ha apuntado, tampoco permitiría eludir la apreciación de la insolvencia una hipotética enajenación de tales activos

porque el pago que podría realizarse mediante el numerario así obtenido no podría reputarse "regular".

3.3.5.2.3. La insolvencia inminente.

La inminencia se puede definir como aquella situación que se prevé de acaecimiento seguro e inmediato, debe de ser precedente, es decir, consecuencia necesaria de los antecedentes. Por lo general se manifiesta por prestaciones financieras debidas por deudor que se tiene certeza que no podrán ser atendidas a tiempo o que han sido desatendidas y refinanciadas por el deudor con acuerdo de sus acreedores sin que tenga un futuro prometedor¹⁹². En este sentido, constituye una solución legislativa que tiene como propósito conseguir que la iniciación del concurso sea oportuna, y es una concepción preventiva del concurso que busca tutelar al deudor por medio del proceso concursal.

La definición legal de la insolvencia inminente se encuentra en la Exposición de Motivos II de la LC en la cual el legislador pretende combinar las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores. En este sentido, según el art. 2.3. de la LC, la insolvencia

¹⁹² VASQUEZ IRUZUBIETA, C., *o. cit.*, p. 97.

inminente está definida como el estado en el que el deudor prevea que no podrá cumplir regular (esto es, con medios normales u ordinarios), y puntualmente (esto es a tiempo), sus obligaciones (naturalmente, que sean en su momento exigibles), que al compararla con la insolvencia actual, es la misma imposibilidad, pero ampliada a la eventual imposibilidad de cumplimiento PUNTUAL de las obligaciones¹⁹³, que consiste en el hecho de pagar en las fechas acordadas para la satisfacción del crédito respectivo. Está inspirada en el Derecho Alemán y se desenvuelve en el marco del concurso voluntario, como facultad del deudor de anticipar en el tiempo la apertura del procedimiento concursal centrándose en situaciones de crisis económicas previsibles y no actuales.

Surge entonces como una institución innovadora en la reforma concursal que al introducirla en la legislación concursal, logra paridad con las demás legislaciones modernas en su entorno, ya que en el Derecho concursal derogado no se contaba con dicha opción. Así pues, se logra poner en conexión con la manifestación de la unidad de procedimiento, en la que se supera la dicotomía entre la quiebra y la suspensión de pagos, por otro lado sin suponer una auténtica crisis empresarial actual y efectiva, se representa como próxima y amenazante, y permite, como una facultad y no como una obligación, una fase previa de la insolvencia.

La LC no dice nada sobre la caracterización conceptual de esta figura, refiriéndose solamente a una “amenaza de insolvencia”, que puede hacer valer

¹⁹³ SUAREZ-LLANOS GÓMEZ, L., *o cit.*, p. 46.

el deudor, y el legislador ha optado por anticipar la declaración de concurso a una situación anterior a la insolvencia como rasgo típico del concurso voluntario. Dentro de sus características se pueden mencionar que la inminencia del estado de insolvencia solamente, y en exclusividad, puede ser planteada por el deudor, ya que es quien mejor conoce su situación, cuya solución es razonable, ya que lo contrario supondría una injerencia injustificada en el principio de libre empresa. Además, no es un estado estrictamente pre concursal, pero que permite adelantar la apertura del procedimiento para posibilitar el saneamiento de empresas sin llegar a la liquidación. Y si bien es cierto no constituye todavía un supuesto de insolvencia, tiene un enorme potencial de generar conflictos de intereses entre accionistas y directores, y entre éstos últimos y terceros acreedores. En este proceso la racionalidad del plazo para la previsión es establecida por el Juez, y es a corto plazo. Así mismo, se le encomienda al Juez el ejercicio de una función esencial de comprobar que el deudor al argumentar la inminencia de un estado de insolvencia está haciendo uso legítimo de su legitimación y no trasladando sobre los acreedores la solución de unos problemas que solo a él corresponderá¹⁹⁴. Algunos autores opinan que la LC ha prescindido por completo de lo que puede denominarse como “concepción patrimonial” de la insolvencia para la que la situación de desbalance o déficit patrimonial es esencial y ha seguido una “concepción funcional” en la que el centro de

¹⁹⁴ *ibídem*.

gravedad se sitúa en el hecho objetivo de la imposibilidad de cumplir cualquiera que sea la causa de esa imposibilidad¹⁹⁵.

Debe partirse de la idea de insolvencia inminente, como presupuesto inexcusable de la existencia de obligaciones nacidas, ciertas, con vencimiento más o menos próximo, vestido de otros parámetros concurrentes en mayor o menor medida como la precariedad económica actual, la imposibilidad de acudir razonablemente al crédito, pérdidas constantes, creciente despatrimonialización, la inexistencia de una perspectiva de futuro concreto, etc.¹⁹⁶. Así pues, como se ha dicho anteriormente a la previsión de insolvencia se añade el requisito de puntualidad, contemplado desde tres aspectos: a) Simple previsión de incumplimiento; b) Previsión de cumplimiento irregular; c) Previsión de cumplimiento regular, pero con retraso. En este sentido, pueden considerarse manifestaciones externas del estado de insolvencia hechos externos como la pérdida de crédito en el tráfico, la reducción de la cifra de negocios, el agotamiento de reservas o pérdidas patrimoniales¹⁹⁷.

Se le ha criticado a la insolvencia inminente regulada en la LC que puede llegar a tener dificultades para el deudor y riesgos importantes para los acreedores ante la inseguridad jurídica a la falta de determinación legal de signos o elementos externos indiciarios. Por otro lado, se le atribuye

¹⁹⁵ ROJO FERNÁNDEZ- RIO, A., *op. cit.*, p. 170.

¹⁹⁶ PRENDES CARRIL, P., *op.cit.*, p.29.

¹⁹⁷ PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.*, p. 383.

problemática con la prueba, ya que no es fácil para el deudor probar la previsión de insolvencia futura, ni para el Juez comprobar la previsión, ya que como se ha estudiado los documentos contables obligatorios contienen información sobre el pasado y no expresamente sobre el futuro¹⁹⁸.

Coincidiendo con lo definido anteriormente se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª.) Auto Núm. 122/2.009 de 30 de abril JUR 2.009\410638, que al definir la Insolvencia Inminente y diferenciarla de la Actual lo hace de la manera siguiente en el Fundamento de Derecho Segundo: *“La norma del art. 2.2 LC desenvuelve lo que debe entenderse como insolvencia inminente, de modo que se configura como un estado de pronóstico cierto de la insolvencia todavía no actual («el deudor que prevea que no podrá cumplir»), pero referido no sólo a la regularidad, como en el modelo de insolvencia actual, sino también referido a la puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones. No se trata, por supuesto, de un estado psicológico del deudor que insta su concurso sino que debe, amén de justificar un determinado endeudamiento, hacerlo con la realidad de dicha previsión, es decir, que el déficit de liquidez y crédito se traducirá verosímilmente en ausencia de liquidez y crédito. En el Derecho germánico se describe la insolvencia «amenazante» como la previsión de la situación de no poder atender a las obligaciones existentes en el momento de su vencimiento, y el correlato de insolvencia inminente de LC es más amplio, ya que la previsión habilitante puede ser, no de la falta de atención al vencimiento, impuntualidad o morosidad, sino de falta de atención mediante operaciones regulares, es decir, dentro del giro o tráfico*

¹⁹⁸ GADEA, E., *op. cit.*, p. 64.

habitual de la empresa, de modo que una previsión de sobreseimiento por impuntualidad o irregularidad de una deuda tiene expectativas de generalizarse a la mayor parte de las deudas. Resulta obvio que el legislador desea propiciar en el concurso a instancias del deudor esa función preventiva de las instituciones concursales dentro de una unidad de procedimiento, y la insolvencia inminente pertenece a una de esas situaciones indefinidas, anteriores a la crisis ya instaurada, en que es posible pronosticar la insolvencia («entreprise en difficulté» del Derecho francés, o «financial distress» de la literatura anglosajona). Se coloca, pues, la insolvencia en un momento de pronóstico, desde la insuficiencia económica, sobre la incapacidad de cumplimiento, con la finalidad de que los mecanismos de solución convencional o liquidadora tengan un sentido real, de modo que el concurso obedezca al saneamiento del tejido empresarial, a la medicina curativa, por decirlo en términos metafóricos, y no siempre a la medicina forense. La distinción entre insolvencia actual e inminente procede del acogimiento del concepto del Derecho concursal alemán contemporáneo de la «drohende Zahlungsunfähigkeit» del par. 18 InsO, que allí alude no tanto a la idea de inminencia, de innegable sentido temporal en castellano, como a la idea del riesgo, peligro o amenaza de actualización del sobreseimiento. Si un endeudamiento que preocupa tiene vencimientos a medio plazo, pero la amenaza de no poder cumplir cierta, la insolvencia es amenazadora, aunque no inminente en realidad (así, en la doctrina alemana se entiende razonable la previsión en un plazo de hasta tres años). Resulta lógicamente imposible pedir que tenga el Juez por acreditada la insolvencia inminente, al tratarse de un juicio sobre datos futuribles, de modo que, a la luz de la apreciación conjunta

de documentos aportados, lo más que puede emitir es un juicio condicional coincidente con el correlativo de «auto previsión» de insolvencia del que solicita, el cual será positivo siempre que no se deje de ofrecer un criterio que, objetivamente, permita apoyar aquélla. Lo inminente es más bien amenazante, a fin de que tenga sentido la vocación preventiva, y no puede reducirse a la insolvencia que está a punto de ser averada, y ni siquiera debe marcarse un determinado plazo corto o medio, puesto que lo único preciso es advertir esa razonabilidad o verosimilitud del cálculo objetivo del solicitante acerca de que las obligaciones naceradas no podrán cumplirse puntual y regularmente, aunque se vayan a incumplir dentro de tres o seis meses, o un año”.

Así pues, se desprende que la insolvencia inminente permite la declaración de concurso respecto de deudores en dificultades que no se encuentran en condiciones de cumplir con las obligaciones de pago cuando éstas sean exigibles, y es concebida como una FACULTAD y no como una OBLIGACIÓN. Sin embargo, en la practica la solicitud basada en una insolvencia inminente provoca entre otros efectos: La paralización de las ejecuciones individuales, la interrupción del devengo de intereses, la posibilidad de anticipo del convenio, la conclusión de planes de reorganización o saneamiento y sienta, al mismo tiempo, las bases para una eventual reorganización empresarial futura de carácter extra concursal¹⁹⁹.

¹⁹⁹ FERNANDEZ DEL POZO, L., “Sobre preconcursalidad y la Prevención de la Insolvencia. El mecanismo de alerta pre concursal”, VVAA, La Reforma de la Legislación Concursal, ISBN 84-9768-036-7, Madrid, 2003, p. 9.

Otros ejemplos prácticos y reales en relación al origen de la inminencia de la insolvencia, se pueden mencionar cuestiones externas que pueden influir como una huelga indefinida y muy prolongada, lo que provocaría en un momento dado la falta de materia prima a causa de la huelga prolongada del principal proveedor, lo que puede generar al mismo tiempo la resolución de contratos de exportación con pérdida de mercados esenciales para el mantenimiento de la actividad de la empresa, lo que sería un indicio suficiente para el deudor para poder prever una inminente insolvencia, y que puede estar muy bien fundamentada. Otro, podría ser en el caso de que sucedan catástrofes naturales, en cuyo caso la insolvencia inminente se traduce en una insolvencia REAL y VERDADERA, y en la práctica solamente falta que el tiempo pase para que la insolvencia se manifieste en toda su extensión, a lo que se puede llamar una “INSOLVENCIA ANUNCIADA”, por todos los hechos que le preceden. Por lo que queda claro que es el deudor quien mejor conoce y trata con su solicitud de concurso evitar que se produzcan pérdidas mayores a las estimadas por el hecho concreto, y en la mayoría de los casos, son producto de un endeudamiento excesivo o sobreendeudamiento, síntomas razonables de una próxima insolvencia aun cuando no se hayan traducido en un incumplimiento regular de las obligaciones exigibles.

3.3.5.3. La solicitud del concurso de acreedores por el acreedor.

La solicitud del concurso de acreedores por el acreedor, se da en el caso de la insolvencia actual o efectiva y desaparece en este supuesto, la insolvencia

inminente. Deberá estar fundada en un título por el cual se haya despachado ejecución o apremio, sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, alternativamente, la solicitud de declaración de concurso por el acreedor podrá fundamentarse en la concurrencia de alguno de los títulos establecidos en el catalogo contenido en el art. 2.4 de la LC, y que se estudiará más adelante.

En esta clase de solicitud, se dificulta el tema probatorio ya que la mayoría de las legislaciones regulan la posibilidad de apertura el procedimiento universal si se demuestra la existencia de determinados hechos que se estiman suficientemente expresivos de la situación de insolvencia, en su mayoría los sistemas comparados están basados en la consecuencia de una liquidación forzosa y pública, cuando una empresa no es capaz de cumplir con el pago de sus deudas, existiendo una pluralidad de acreedores. Por consiguiente, el acreedor solicitante debe acudir con una serie de presunciones en algunos casos y de certezas en otros, ya que solamente tiene en su poder documentos de su crédito y de los intentos realizados en el ejercicio de su derecho crediticio, y sin resultados positivos. En este sentido, el acreedor se encuentra restringido a lo que la Ley le permite, ya que según algunos autores en relación a este punto existe una complejidad hermenéutica ya que se establecen pautas muy poco precisas²⁰⁰.

²⁰⁰ VASQUEZ IRUZUBIETA, C., *op. cit.*, p. 98.

En todo caso, para un acreedor la manera más efectiva de probar el estado de insolvencia del deudor común es la prueba de la imposibilidad de encontrar bienes bastantes para garantizar la satisfacción de su crédito, y que es de fácil acreditación con la ineficacia de sus solicitudes de embargos.

3.3.5.3.1. Fundamento de la solicitud del acreedor del concurso, basado en título por el que se haya despachado ejecución o apremio, sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago.

Como se dijo en el apartado anterior, en relación al acreedor la posibilidad que tiene de fundamentar la solicitud de declaración de insolvencia está basada en que posea un título de crédito válido y validado por un procedimiento judicial, y debe de ser esgrimido por el propio titular ejecutante, no podrá hacerse efectivo por otros acreedores, a excepción del caso establecido en el art. 2.4.2 sobre la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general el patrimonio del deudor. No es suficiente que dicho crédito sea vencido y exigible, es necesario que el acreedor haya fundamentado y probado con ese mismo título crediticio el cobro judicialmente y en el procedimiento correcto, y que dentro de dicho procedimiento se haya procedido a despachar ejecución o vía de apremio con la respectiva petición de embargo sobre los bienes del deudor. Además esos embargos frustrados deben de ser consecuencia de que los bienes libres no son bastantes para cubrir los créditos de todos los demás acreedores interesados en dichos bienes del deudor común y con la finalidad de realizarlos

para poder hacer efectivos sus respectivos créditos y se deben de acreditar que se ha procurado encontrar más bienes del deudor y que no ha sido posible, o si lo fueron, no están libres de embargos y cargas que en su conjunto son insuficientes para el cobro que buscan los acreedores.

Sobre el despacho de ejecución, se establece que no es necesario que sea firme, ya que el título trae inmersa la ejecución, a pesar de ésta característica no todos los despachos de ejecución entran en el presupuesto establecido en la L.C., en cuyo caso debe tratarse de ejecución sobre los bienes del deudor común, siendo la única forma que dichos bienes ingresen a la masa activa del concurso ya que en caso contrario dichos bienes entrarían en tercerías produciendo probablemente gastos innecesarios para la masa concursal.

En relación al apremio al que se hace referencia en el art. 2 de la L.C. se trata de la fase práctica de la ejecución de los bienes cuya finalidad es que el acreedor logre obtener lo reclamado, que se realizará de manera inmediata si se trata de embargos de dinero efectivo, saldos de cuentas corrientes bancarias, divisas convertibles y demás títulos o derechos de realización inmediata, y si son bienes entran en fase de liquidación. En todo caso, el acreedor tiene la opción de renunciar a su derecho de cobro, si tiene un bien embargado como si tiene un embargo insuficiente o ineficaz.

Sobre estos extremos la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) en Auto núm. 234\2008 de 20 de noviembre AC 2009\104 dice en su parte

conducente que: *“...Que el título ejecutivo se haya dictado en virtud de una sentencia no firme es irrelevante para apreciar la concurrencia del hecho revelador de la insolvencia, pues lo decisivo es que se haya despachado ejecución, provisional o definitiva, sin que del embargo resulten bienes suficientes para el pago. Cuestión distinta es la relativa a la legitimación derivada de un crédito discutido judicialmente hasta el punto de que el acreedor instante puede serlo en virtud de un crédito no discutido y fundar la solicitud en una ejecución provisional infructuosa instada por otro acreedor e incluso el acreedor instante puede ser titular de diversos créditos unos litigiosos y otros no, e invocar como hecho revelador de la insolvencia la ejecución provisional infructuosa de uno de los créditos inicialmente litigiosos. Que el deudor confunda ambas cuestiones hasta el punto de tratar esta cuestión a propósito de la legitimación del acreedor no implica que deba admitirse tal planteamiento al ser presupuestos diferentes...”*

Como embargo ineficaz se entiende por el hecho de que no existan bienes o derechos para embargar, debido a que el acreedor no conoce la existencia de los mismos en el supuesto de que existieran o, si sabiendo de su existencia, no son suficientes para cubrir con su realización del principal y gastos del proceso, debido a la existencia de embargos anteriores o porque sean de poco valor en relación a lo que se reclama. En todo este proceso es importante resaltar el papel de las entidades públicas que coadyuvan a determinar los bienes y las deudas del Deudor, en cumplimiento de un “deber de colaboración”.

Este caso es considerado como una causa externa de la insolvencia más accesible, debido a que no necesita probar nada más, ya que las demás posibilidades que se estudiarán más adelante son sucedáneas y algunas encierran más dificultades.

3.3.5.3.2. Otras manifestaciones externas de insolvencia.

Siguiendo el esquema del artículo 2 de la L.C. en el inciso 4 se desprenden algunas manifestaciones externas de la insolvencia y que pueden ser utilizadas por el acreedor para fundamentar su solicitud ante el Juez respectivo como alternativo al caso anteriormente estudiado en el inciso anterior.

Resulta interesante citar el Auto número 234/2008 de 20 de noviembre, AC 2009\104 que dice en la parte conducente de los razonamientos jurídicos: *“...Conforme al artículo 2 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, correspondiendo al acreedor instate justificar alguno de los hechos que como presupuestos reveladores de la insolvencia enumera con carácter de numerus clausus el artículo 2.4 de la Ley Concursal . Esto es, el acreedor no debe ni legalmente puede acreditar la insolvencia sino que, necesariamente, para el éxito de su solicitud ha de acreditar la concurrencia de alguna de las manifestaciones externas de las insolvencias enumeradas en dicho precepto. Frente a esa pretensión el deudor puede negar el hecho revelador de la insolvencia alegado por el instate o acreditar su solvencia*

(artículo 18.2 de la Ley Concursal)... No se alega ni se pretende probar la solvencia del deudor sino que se niega la concurrencia del hecho revelador de la insolvencia al entender, en primer término, que no lo integra el despacho de ejecución de una sentencia no firme y, en segundo lugar, se rechaza no se hayan localizado bienes bastantes para el pago. Que el título ejecutivo se haya dictado en virtud de una sentencia no firme es irrelevante para apreciar la concurrencia del hecho revelador de la insolvencia, pues lo decisivo es que se haya despachado ejecución, provisional o definitiva, sin que del embargo resulten bienes suficientes para el pago. Cuestión distinta es la relativa a la legitimación derivada de un crédito discutido judicialmente hasta el punto de que el acreedor instante puede serlo en virtud de un crédito no discutido y fundar la solicitud en una ejecución provisional infructuosa instada por otro acreedor e incluso el acreedor instante puede ser titular de diversos créditos unos litigiosos y otros no, e invocar como hecho revelador de la insolvencia la ejecución provisional infructuosa de uno de los créditos inicialmente litigiosos. Que el deudor confunda ambas cuestiones hasta el punto de tratar esta cuestión a propósito de la legitimación del acreedor no implica que deba admitirse tal planteamiento al ser presupuestos diferentes...”, de esta manera se establecen los parámetros sobre los cuales se deben entender las manifestaciones externas de la insolvencia para que sea válido el argumento de solicitud de concurso de acreedores.

Así pues se pueden entender mejor las características de estas manifestaciones externas al tenor de lo que dice el fundamento de derecho tercero del Auto de 5 de mayo 2009 AC 2009\374 del Juzgado de lo Mercantil No. 2 de Madrid en el sentido que la LC se refiere a que para probar la

insolvencia se debe de basar no solo en la existencia de la insolvencia sino en la causa de la misma para cuyo efecto se establecen los hechos externos, esto en lo que se refiere a al concurso iniciado por alguno de los acreedores ya que en el caso del concurso voluntario este hecho revelador es *numerus apertus*.

Desde la misma Exposición de Motivos se establece que han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley, comparten este criterio muchos autores²⁰¹, por lo que la

²⁰¹ Entre los que se pueden mencionar: ROJO, A., (*«Comentario de la Ley Concursal»*, Thomson Civitas, págs. 180 y 426), para quien en los supuestos de concurso necesario «...se exige no solo que exista insolvencia, sino que se trate de una insolvencia cualificada, es decir, que la situación de insolvencia actual se tiene que haber manifestado a través de alguno de los hechos externos que taxativamente enumera la Ley...», abundando dicho autor en la ineludible carga que pesa sobre el solicitante de acreditar la realidad del hecho revelador que específicamente invoque cuando –como en el caso– la concurrencia del mismo sea negada por el presunto concursado haciendo uso de la primera de las fórmulas de oposición contempladas por el art. 18 LC. Opinión que comparte BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*«Comentarios a la Ley Concursal»*, Tomo I, pg. 39, Ed. Tecnos). En idéntico sentido, HERRERA CUEVAS (*«Manual de la Reforma Concursal»*, Pág.45, Ed. Europea de Derecho), quien mantiene la expresada opción interpretativa sin por ello dejar de poner de relieve algunos de los inconvenientes prácticos que pueden seguirse del criterio finalmente adoptado por el legislador cual el del «...riesgo de consagrar determinadas situaciones de insolvencia real, en las que la situación económica de fondo del deudor común, impidiendo de suyo cumplir todas las obligaciones puntual y regularmente con su patrimonio actual, no llegue a expresarse cabalmente por medio de ninguno de los hechos reveladores...». A idéntica conclusión llega también SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (*«Comentarios a la Legislación Concursal»*, Tomo I pag.123, Ed. Lex Nova), quien aduce como fundamento de la solución que finalmente ha prevalecido en el texto definitivo la necesidad de armonizar el reconocimiento a los acreedores de un ámbito de legitimación amplio para solicitar el concurso de sus deudores con la conveniencia de conjurar «...los riesgos que un ejercicio abusivo de tal facultad puede comportar...», especialmente a la luz de la experiencia acumulada en la práctica forense desarrollada al amparo de la legislación concursal precedente. En el mismo sentido, PULGAR EZQUERRA entiende que la sistemática del art. 2-4 para el concurso necesario responde a un criterio de «*numerus clausus*» (*«Comentarios a la Ley Concursal [RCL 2003, 1748] »*, coordinada por PULGAR EZQUERRA Y ALONSO UREBA entre otros, pág. 118). Igualmente,

sentencia antes referida reafirma mediante un repaso doctrinario lo dicho en relación a la necesidad de los acreedores de fundamentar su solicitud en algunos de los presupuestos que se entienden como manifestaciones externas de la insolvencia, los cuales se desarrollan en los apartados que siguen.

3.3.5.3.2.1. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

Esta manifestación externa se encuentra regulada en el artículo 2.4. inciso 1º. Sin embargo no tiene una definición legal, pero puede entenderse en la práctica como una serie de situaciones que pueden estructurarlo, y que depende del criterio de los jueces su complementación y efectiva operatividad, en cuyo caso la exigencia judicial se reduce a una cuestión formal al momento de presentar la solicitud y las condiciones materiales consecuentes, se resuelven más adelante con la oposición del deudor a la solicitud del concurso formulada por los acreedores.

comentando los presupuestos del concurso necesario, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS indica: *«...dice el art. 2.1 que la causa del concurso es la insolvencia; pero lo que en realidad debe analizar el Juez de lo Mercantil para abrir o denegar la apertura del concurso es la realidad o ausencia de alguno de los hechos tipificados en el número 4 del art. 2 que, aunque la evoquen, no son ellos mismos insolvencia...»* («*Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso*»); Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., XVIII 2003, Pág. 63). Por lo demás, al margen de lo ya expuesto, existen a juicio de quien provee otras razones que abonan la tesis mayoritaria del *«numerus clausus»*.

El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, es una de las pruebas del estado de insolvencia, y consiste en una figura tradicional que ha sido utilizado como fundamento en legislaciones anteriores como por ejemplo el caso de la quiebra. Se trata de un hecho exterior contrario al juego del sistema, que denota irregularidad y anormalidad en la situación patrimonial del deudor, y que legitima para iniciar el procedimiento concursal. Así pues, al ser el estado de insolvencia una situación patrimonial deficitaria que puede ser acreditada de muchas maneras, en este caso, a través de un sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones. Entendida esa generalidad en el sentido que no se trata de un solo incumplimiento relativo a un acreedor concreto, sino más bien, referido a todos los acreedores o de la mayoría de ellos, y entendidas las obligaciones corrientes que son propias del giro comercial o de los gastos fijos de un particular, y que no exceden de lo que se debe entender como pagos normales. En todos estos casos el deudor conserva su derecho de acreditar y contradecir esa generalidad argumentado que solamente le debe a algunos pocos que no constituyan la mayoría o que no sea por sobre la cantidad ni calidad que se reclama.

La cesación de pagos es entendida como insolvencia, mientras que la mora manifiesta un desarreglo transitorio que se puede superar por el deudor con su actividad y normalmente no es una causa suficiente para la declaración del concurso. En todo caso, la dificultad financiera (iliquidez) impide el pago de modo transitorio y la dificultad económica lo hace en forma definitiva

(insolvencia patrimonial)²⁰². Por otro lado, no se precisan los límites temporales del sobreseimiento pero se debe entender que es definitivo en el sentido de irreversible, pues este hecho determina la imposibilidad del deudor para cumplir regularmente sus obligaciones, determinante de la insolvencia²⁰³.

Sobre el momento en el cual se entiende que ha comenzado a manifestarse la insolvencia, la jurisprudencia expresa que se ha de tener en cuenta no solo los actos que sean jurídicamente expresión directa de un sobreseimiento general en el cumplimiento de sus obligaciones, sino aquellos otros, cuyas características pongan de manifiesto el estado patrimonial de insuficiencia que había de provocarlos, y dicho sobreseimiento debe ser generalizado y no parcial, definitivo y no momentáneo, ya que el sobreseimiento en si solamente es una prueba de la insolvencia, no es la insolvencia misma.

En este sentido se pronuncia la sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número 2 de Madrid, auto de 5 de mayo de 2009 AC. 2009\1053: "...4. *Dice el Art. 2-4 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) que ".Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla ...en la existencia de alguno de los siguientes hechos: 1º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor..". A la hora de aquilatar este concepto de sobreseimiento general, nos dice el Auto de la Sección 28ª*

²⁰² *Ibíd.*, p. 106.

²⁰³ PULGAR EZQUERRA, J., "La Declaración del Concurso de Acreedores", *op. cit.* p. 354.

(Especializada en materia mercantil) de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de abril de 2008 (JUR 2008, 188168) que ".los órganos jurisdiccionales de lo mercantil, siguiendo las líneas trazadas por la jurisprudencia para la antigua quiebra, han declarado que el sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor debe ser actual y generalizado, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, sino a definitivo, general y completo, debiendo implicar, exteriorizar, una imposibilidad absoluta de pagar (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 15ª, 27 de enero (JUR 2009, 176685) y 24 de marzo de 2006)..". Y el Auto de la misma Sala de 21 de septiembre de 2006 matiza que ".las circunstancias concurrentes en el supuesto de autos, analizadas con detalle en el auto recurrido, y a las que se ha hecho breve referencia en esta resolución, muestran que en el caso de autos la existencia de tales litigios judiciales o de créditos controvertidos o futuros no pueden interpretarse como un sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones por parte de la deudora, tanto más cuando el volumen de lo que se le ha reclamado en tales litigios o de los créditos controvertidos tiene una importancia relativa habida cuenta del volumen de facturación de la deudora, y cuando los documentos aportados por la deudora acreditan que en los meses inmediatamente anteriores ha realizado pagos a sus acreedores por un importe elevado, que ha cancelado operaciones de crédito, alguna incluso antes de su vencimiento (docs. 14 y 15) y que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones tributarias y de seguridad social (docs. 16 y 17)..". Por otro lado, en la interpretación del concepto de sobreseimiento, a propósito del Derecho concursal hoy derogado, son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo (las de 12 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1174) , 7 de marzo de 1988 , 7 de

octubre de 1989 (RJ 1989, 6895) o la STS de 27 de febrero de 1965 (RJ 1965, 1151) , que cita a su vez las de 21 de diciembre de 1898, 21 de noviembre de 1900, 28 de diciembre de 1901, 29 noviembre de 1905, 5 y 26 de octubre de 1907, 8 de mayo de 1913, 5 de junio de 1917, 4 de junio de 1929, 26 de enero de 1933 , 16 de febrero de 1933 y 1 de junio de 1936 , entre otras) en las que se indica que el sobreseimiento en el pago de las obligaciones supone una cesación definitiva, general y completa, por lo que debe excluirse dicho concepto cuando el impago sea esporádico, simple o aislado; esto es, que no sobresee el pago de las obligaciones quien incurre en un proceso de mora revelador de simples dificultades económicas pasajeras, explicitándose además que el sobreseimiento debe afectar al pago "corriente", de modo que el incumplimiento de determinadas obligaciones que pudieran ser litigiosas o dudosas, no puede determinar por sí ni justificar una declaración de quiebra (por ejemplo, STS 7-10-1989 (RJ 1989, 6895))..."²⁰⁴.

²⁰⁴ En esta misma línea se pronunció el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra. Auto de 18 de julio de 2011 AC. 2011\1551. Fundamento de derecho cuarto: "...La situación de insolvencia que ha de demostrar el acreedor es cualificada, con un impago significativo de créditos vencidos; no basta un incumplimiento esporádico o puntual: "Centrándonos en el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, para indagar en tal concepto podemos servirnos de la jurisprudencia anterior que interpretó el sobreseimiento general en los pagos del art. 876.II Com, como presupuesto objetivo de la quiebra. Respecto del carácter general de la cesación en los pagos se afirman dos extremos: no se exige que el sobreseimiento sea total, con lo cual el pago de algún crédito no contradice aquella nota de generalidad en el incumplimiento; y no hay sobreseimiento general con un ligero retraso en el cumplimiento de las obligaciones o un impago esporádico y eventual (STS 29-XII-1927 , SSTS 18-X-1985 (RJ 1985, 4904) , 7-X-1989 (RJ 1989, 6895) , 10-III-1990 (RJ 1990, 1686) , si bien, en alguna ocasión, se había exigido que el sobreseimiento fuera completo: STS 18-IV-1929 ; o total: STS 4-VII-1968). En resumen, tal y como sintetizó la STS 27-II-1965, podemos concluir que el sobreseimiento no ha de ser esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo. No se precisan límites temporales del sobreseimiento, pero ha de entenderse que

deberá ser definitivo en el sentido de irreversible, pues solo este determinará la imposibilidad del deudor de cumplir regularmente sus obligaciones, determinante de la insolvencia (AAP Pontevedra 11-2-08 (JUR 2009, 426944))" En efecto, la condición de significativos de los impagos realizados tendrá que venir dada en función del volumen de operaciones de la empresa cuyo concurso se pretende; la referencia a las obligaciones "corrientes" que se contiene en dicho precepto, se conceptúa como reverso del de obligaciones "extraordinarias", y tiene muchísimo que ver con el concepto concursal de insolvencia- artículo 2 LC -, que se refiere a los conceptos de regularidad y de exigibilidad; no es insolvente quien incumple puntualmente- por tanto no regularmente-, y no es insolvente quien incumple una obligación extraordinaria; desde este punto de vista, se habrá de descartar que el impago de la deuda contraída por sentencia hoy firme sea, per se, fundamente de la insolvencia del deudor, por extraordinaria que sea esta cantidad-superior a los dos millones de euros- siempre y cuando el deudor siga acometiendo puntual y regularmente- con retrasos que no sean significativos- sus obligaciones habituales. El impago generalizado, en suma, dependerá del número de acreedores con deuda vencida y de la entidad del crédito impagado. El impago de un millón de euros será, por tanto, insignificante en determinadas empresas y significativo en otras. Y el impago de 20000 euros será, correlativamente, significativo en unas empresas e inoperante en otras...". En los mismos términos y más recientemente la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) Auto núm. 68/2012 de 27 de abril JUR 2012\210581 en su parte conducente: "...Ahora bien, como ya tuvimos ocasión de puntualizar en el auto de esta sección 28ª de la AP de Madrid de 12 de marzo de 2011, hay que deslindar de ese tipo de situaciones aquellas otras que pudieran considerarse como meras fases transitorias de simple impuntualidad en el cumplimiento. Las dificultades de tesorería, si pueden ser solventadas en un plazo razonable, no equivalen a insolvencia, ya que el deudor podrá cumplir en cuanto se solventen, por lo que deberían ser excluidas como justificativas para la declaración de concurso (precisamente esta referencia se eliminó del artículo 2.2 de la LC). La incursión en mora puede traer causa en un momento de iliquidez, revelador de posibles dificultades, pero si, aun así, fuese posible satisfacer las obligaciones, aunque fuese con cierto retraso, la situación no debería calificarse de insolvencia. No podrá considerarse como tal, por lo tanto, la consecuyente a meros pagos retrasados, si son sólo fruto de una dificultad transitoria y no de una definitiva cesación en los mismos por la imposibilidad del deudor de cumplir con sus obligaciones. No obstante, sería ya más propio de lo segundo que de lo primero las situaciones de retraso sistemático y continuado en los pagos, porque ya no responderían a un momento concreto sino a una situación continuada de iliquidez. Sin embargo, hemos de reconocer que el hecho externo que puede ser conocido en muchos casos por el acreedor no es otro que el que su deudor ha dejado de pagar, por lo que si constata lo que aparece, con cierto fundamento, como un sobreseimiento generalizado podría dar el paso de solicitar su declaración en concurso. En tal caso será en la fase de oposición en la que dispondrá el deudor de la oportunidad de justificar que se trataba de meros retrasos y evitar así tal declaración...". Más recientemente la una sentencia del

Se plantea por otro lado la cuestión de si esta generalidad se da frente a la existencia de una pluralidad de acreedores insatisfechos o de una pluralidad de obligaciones insatisfechas, tratándose que el artículo 2.4.1 se refiere solamente en plural a las obligaciones del deudor, sin especificar si es frente a un solo acreedor o una pluralidad. Dicha disyuntiva es resuelta por la doctrina en el sentido que para que sea admitida la solicitud de declaración de concurso el sobreseimiento debe manifestarse frente a una pluralidad de acreedores, incluido el solicitante ya que lo que caracteriza al concurso no es la cuantía del pasivo, sino la concurrencia de una pluralidad de acreedores que no pueden satisfacer sus créditos²⁰⁵.

Tribunal Supremo, sala 1ª. De 1.4.2014, citando que “...*El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor constituye uno de los hechos reveladores de la insolvencia según el art. 2.4. de la L.C. Pero una solicitud de declaración de concurso necesario fundado en alguno de estos “hechos reveladores”, entre ellos el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, puede ser objeto de oposición por el deudor no solo alegando que el hecho revelador alegado no existe, sino también que aun existiendo el hecho revelador, no se encuentra en estado de insolvencia (art. 18.2 de la L.C.). Y al contrario es posible que incluso no existiendo un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones exista una situación de insolvencia, porque el deudor haya acudido a mecanismos extraordinarios para obtener liquidez (por ejemplo, la venta apresurada de activos) al no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles...Ahora bien, si ambos conceptos no son extrapolables, la situación de infra capitalización o patrimonio neto negativo si supone un fuerte indicio de dicha insolvencia, señalando, entre otras, en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, DE 20.12.2010 (SAP O 2563/2010) QUE “...Las circunstancias de que las cuentas anuales revelen la existencia de unas pérdidas cualificadas que lleven a los fondos propios a presentar un resultado negativo, será una señal indicativa de que la sociedad se encuentra incurso en causa de disolución (art. 260-1-4º. L.S.A.), pero no necesariamente que se encuentre en situación de insolvencia, aun cuando dicho dato puede constituir un indicio fundado de este estado...”*”.

²⁰⁵ PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.*, p.p. 355-356.

3.3.5.3.2.2. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

Se trata de una manifestación externa de la insolvencia que consiste en embargos por ejecuciones pendientes que ponen al descubierto el estado de insolvencia del deudor común, se encuentra regulada en el artículo 2.4 inciso 2º. de la L.C. y consiste en hecho que se debe probar que existen ejecuciones pendientes es decir en trámite y no concluidas, y que los embargos superan al menos la mitad de la capacidad financiera del deudor e influyen de manera contundente sobre la integridad de su haber, puede ser uno o varios que perturbe de una manera general al patrimonio del deudor, por lo tanto a *contrario sensu*, si existen bienes suficientes para garantizar el pago de las deudas, no tiene sentido continuar con la solicitud del concurso.

Para entender este presupuesto se puede citar lo que dice al respecto el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra, de 18 de julio de 2011 AC. 2011\1551, antes referenciado, en el numeral quinto de los fundamentos de derecho: *“...Como apuntaba el AJM 5 de Madrid de 22-11-10, “Este hecho revelador exige que se hayan iniciado procedimientos de ejecución, civil, administrativo o tributario y que resulte afectado de manera general el patrimonio del deudor por la existencia de embargos. No basta con un solo procedimiento de ejecución, ya que a la vista de la dicción empleada por el legislador, ejecuciones pendientes, se alude al plural y por ello debe haber varios procedimientos de ejecución. Además es necesario que el patrimonio del deudor esté afectado de modo general por la existencia de los embargos,*

debiendo entenderse que el crédito del instante ha de resultar insatisfecho en el procedimiento de ejecución, lo mismo que el resto de créditos que han dado lugar a otros procedimiento de ejecución". Desde el punto de vista de distribución de la carga probatoria, ex artículo 217 Lec, parece prudente afirmar que el actor-acreedor instante- ha de probar la existencia de dicha pluralidad de embargos ejecutivos de diversa índole, mientras que para discutir la existencia del hecho revelador, el deudor ha de demostrar que pese a dicha pluralidad, no hay afectación significativa o, dicho de otro modo, que existen muchos más bienes libres que gravados, o siendo escasos, tienen un valor significativo en relación con el activo empresarial...". Así pues se puede afirmar que es exigible para el cumplimiento de este presupuesto que se haya iniciado juicio por vía ejecutiva en el ámbito civil, administrativo o tributario, lo que se deriva de no haberse especificado el tipo de proceso, que este pendiente y que resulte afectado de una manera general el patrimonio del deudor por la existencia de embargos²⁰⁶. Más recientemente en Auto núm. 141/2014 de 11 noviembre. JUR 2015\64619, Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), se define este presupuesto así: "...Recordemos que el embargo infructuoso, como hecho revelador de la insolvencia, exige, junto a la presentación por el acreedor de un título en virtud del cual se haya despachado ejecución, que "del embargo no resulten bienes libres bastantes para el pago". La norma no ha de interpretarse en su literalidad, entendiéndose por "bienes libres" los bienes no afectos a garantías reales o a embargos anteriores. El hecho revelador de la insolvencia se dará si los bienes embargados, estén o no gravados, son

²⁰⁶ *ibíd.*, p. 356.

insuficientes para satisfacer el crédito del ejecutante. Para ello habrá que deducir del valor de los bienes el importe de las cargas preferentes. No es necesario, en cualquier caso, agotar el proceso de ejecución para apreciar la existencia del embargo infructuoso. Bastará con que se haya despachado ejecución, que se hayan realizado las medidas de averiguación pertinentes y que se constate que los bienes trabados no son suficientes para cubrir la deuda...”

3.3.5.3.2.3. El alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

Esta eventual manifestación de la insolvencia se encuentra prevista en el artículo 2.4. inciso 3º de la LC y constituyen conceptos que por sí solos no son constitutivos de insolvencia *per se*, sin embargo, pueden derivar en conductas desleales hacia los acreedores que en último caso pueden fundamentar el acaecimiento de la insolvencia, por lo tanto se hace necesario separar las situaciones y analizarlas por separado para concluir en la influencia que tendrán en la declaración de concurso.

El alzamiento como tipo penal, comprende toda actuación del deudor sobre su patrimonio que tenga como consecuencia la creación fraudulenta de un estado de insolvencia posterior al nacimiento de la deuda²⁰⁷. También

²⁰⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Art. 257”, AAVV, Código Penal Comentado. Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 2004, p.p. 805-806.

puede definirse como la existencia de un deudor, comerciante o no, quien habiendo contraído obligación u obligaciones válidas, ciertas y preexistentes, deseoso de burlar los legítimos derechos de sus acreedores, las lícitas expectativas de estos, y el principio de responsabilidad patrimonial universal, realiza actos de ficticia desposesión de sus bienes²⁰⁸. Concurralmente el alzamiento no puede ser entendido como el encuadramiento al tipo penal, sino más bien en un sentido general o común, cualquier actuación que tiene como finalidad la de ocultar los bienes del deudor o hacer que estos desaparezcan del patrimonio del que aquél venía apareciendo como titular, con la finalidad de eludir el pago de sus obligaciones. En este sentido, también puede entenderse el alzamiento como el temor del deudor a que llegue el momento del cumplimiento de la deuda lo que le induce a pura lógica a evitarlo con anticipación, deshaciéndose de todos sus bienes o parte de ellos y así caer en insolvencia ya sea total o parcial y con esto impedir o dificultar a los acreedores el cobro de lo que se les debe, con la debida aclaración que en el caso de que el deudor haya vendido para pagar deudas no es considerado como delito.

En otro concepto relacionado y construido por la doctrina y la jurisprudencia se puede definir el alzamiento con todo acto de ocultación, enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita de los propios bienes, simulación fraudulenta de créditos o cualquier otra actividad que sustraiga los bienes citados al destino solutorio a que se hallan afectos, contraviniendo el principio

²⁰⁸ VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., *op cit.*, p. 109.

de responsabilidad civil universal recogido en el artículo 1922 del Cc, según el cual del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros²⁰⁹. Dentro del proceso concursal pueden adherirse al proceso los bienes alzados por medio de la acción de reintegración.

El bien jurídico tutelado con el alzamiento es la seguridad del tráfico mercantil y la seguridad jurídica de los que se relacionan con otros y no es el patrimonio en sentido estricto lo que se busca proteger es el derecho de los acreedores de ver satisfechos sus créditos y aunque el perjuicio es inherente al injusto, la insolvencia por sí sola no constituye delito, a pesar que sus efectos trascienden a una masa de acreedores. Lo que la Ley penal persigue es la acción de una persona que además de ese perjuicio causado por la insolvencia, actúa en forma dolosa o provocándola inicialmente²¹⁰.

No es requisito *sine qua non*, la preexistencia de una causa penal para que se pueda utilizar esta causa dentro del proceso concursal. Se puede recabar documentación informativa sobre los bienes del deudor que estén inscritos en los registros públicos de los que se desprenda que en un breve tiempo inmediatamente anterior a la fecha de la presentación de la solicitud del concurso, el deudor ha realizado una continuada disposición de sus bienes con el fin de provocar una auto insolvencia, y dejando a un lado los que han sido

²⁰⁹ PULGAR EZQUERRA, J. "La declaración del concurso de acreedores", *op. cit.*, p. 359. También puede verse para ampliar sobre el tema: QUINTANO RIPOLLÉS, "Derecho penal III, infracciones sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales, Madrid, 1978. p. 41.

²¹⁰ RODRIGUEZ DEvesa, J., "Derecho Penal español, parte especial", VVAA, Ed. Dykinson, Madrid, p. 486.

utilizados para pagar deudas, por lo que se concluye que en el caso del concurso de acreedores no opera una prejudicialidad, ya que puede libremente invocarse esta causa de la insolvencia, bajo los presupuestos antes descritos.

En relación a la liquidación ruinosa de bienes contenida en el artículo 2.4. inciso 3º LC, es bastante parecido al anterior supuesto, y que puede acreditarse por medio de documentos en los cuales se describa alguna disposición precipitada de todos los bienes o la mayor parte de ellos, o los más valiosos, siendo el hecho de haberlos vendido e incluso si fue a disposición gratuita, las dos formas más comunes en la liquidación ruinosa de bienes. Todo esto, porque la liquidación del patrimonio del deudor es una de las soluciones posibles del concurso, por lo tanto es inaceptable que para evitar pagar a los acreedores por medio de la enajenación ordenada de dicho patrimonio, el deudor que conoce su situación de insolvencia decida llevar a cabo una serie de operaciones sin otra finalidad más que ocultar sus bienes o la posibilidad de ejecución colectiva propia del concurso²¹¹.

Según el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cádiz, en Auto de 24 septiembre 2.010, AC. 2.011\1.947, se entiende este presupuesto así: *“...Alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de bienes. El profesor ROJO señala los siguientes requisitos para que puede hablarse de alzamiento: (i) Un acto imputable al deudor consistente en la ocultación o desaparición de bienes o derechos; (ii) Que el acto haya producido como resultado real o potencial, la lesión (total o parcial) del derecho de crédito de uno o varios acreedores; (iii) Que el acto se haya realizado con ánimo de defraudar a uno o varios*

²¹¹ SANCHEZ CALERO, J., *op. cit.* p. 130.

acreedores. Para que pueda hablarse de liquidación apresurada o ruinosa de bienes: Es necesario que el deudor haya ya comenzado la liquidación de su patrimonio, y que ésta sea apresurada (realizada con especial prisa o rapidez) o ruinosa (con pérdida particularmente grave)...”.

3.3.5.3.2.4. El incumplimiento generalizado de las siguientes obligaciones.

El artículo 2.4 de la L.C en su apartado 4º establece como manifestaciones de insolvencia el caso de que el deudor incumpla de forma generalizada sus obligaciones tributarias, frente a la Seguridad Social o las relacionadas con las relaciones de trabajo, correspondientes todas a los tres meses anteriores a la solicitud del concurso. Se trata de aquellas que son inherentes a los sujetos que actúan dentro del mercado relacionadas con temas básicos y de cumplimiento obligatorio como lo son las de índole fiscal y obligaciones laborales y de la Seguridad Social, y al igual que lo que regula el artículo 2.1. de la LC., conocidos también con el nombre de incumplimientos sectoriales²¹² y para que sirvan de fundamento a la declaración del concurso deben de ser generalizadas y puede ser en relación a todas o cada una de ellas, en las situaciones que veremos a continuación:

²¹² HERNANDEZ MARTÍ, J., *op. cit.*, p. 73. Al respecto también, PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.*, p. 366.

3.3.5.3.2.4.1. El pago de las obligaciones tributarias exigibles.

La manifestación externa de incumplimiento generalizado del pago de las obligaciones tributarias exigibles, regulada en el artículo 2.4.4 de la LC, parte de aquellas obligaciones tributarias consistentes en tributos nacionales, autonómicos y locales, independientemente de su denominación técnica. El campo de aplicación es amplísimo y muy variado y abarca tanto a deudores empresas o profesionales como a personas físicas o jurídicas, sean o no comerciantes, siendo que la situación particular de cada uno de ellos puede variar desde el IVA, IRPF, Impuestos de sociedades, Impuestos especiales, etc., ya que la L.C. no se limita a algún tributo en concreto. La forma de vencimiento puede ser anual, semestral, trimestral, dependiendo el período impositivo, y se debe tratar de obligaciones vencidas y exigibles durante los tres últimos meses anteriores a la solicitud del concurso, y con una exigibilidad permanente, cualquiera que sea el régimen de frecuencia de pago o de vencimiento.

La problemática que puede tener esta manifestación externa es el hecho de la medición en meses de tributos que son pagados en forma anual o con un período superior a los tres meses, lo que puede ser solucionado con el cálculo de la falta de pago vencidas y no pagadas dentro de los tres meses inmediatamente posteriores al momento en que nació la obligación de pagar.

En cuanto al acreedor facultado para solicitar el concurso basado en este hecho externo el proceso concursal, sería la propia Hacienda Pública que

es la entidad que posee la información relativa de los impagos que ha incurrido el deudor, y no se podría utilizar esta causa por otro acreedor en virtud de la reserva exigida en la Hacienda Pública en el tratamiento de datos con trascendencia tributaria²¹³.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) Sentencia núm. 589/2009 de 20 septiembre. RJ 2009\5482, ya definió el momento en que debía de producirse la insolvencia en estos casos: *“Respecto del momento en que se produjo la insolvencia, consideró que no era necesario que se probase el sobreseimiento general en los pagos, y que habiéndose dejado de pagar las obligaciones tributarias y de Seguridad Social exigibles desde mediados de 2006, ello constituía un indicio cualificado de insolvencia que no había sido enervado mediante la prueba de que en la fecha de esos impagos no existía la incapacidad de atender de forma regular las obligaciones exigibles. Existiría por tanto insolvencia con una antelación de al menos dos meses antes de finalizar el ejercicio 2006, que se cerró con fuertes pérdidas, lo que requirió que el administrador aportara patrimonio personal a la sociedad para permitir la continuación de su actividad. Según la Audiencia, esto acreditaría que no se venía pagando con recursos generados por la sociedad en el desarrollo de su actividad...”*. De manera similar con el IRPF²¹⁴.

²¹³ *ibíd.*, p. 133. Así mismo PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del concurso de acreedores”, *op. cit.* p. 368.

²¹⁴ *Esta Sala fija como doctrina que los créditos por retenciones por IRPF contra el deudor correspondientes a rentas o salarios abonados con anterioridad a la declaración del concurso, con independencia del momento de conclusión del plazo para el ingreso, constituyen créditos*

concursoales. Esta conclusión se funda en los siguientes argumentos: a) Esta doctrina ha sido seguida por diversas audiencias provinciales, además de la que ha dictado la sentencia objeto de impugnación (SAP Asturias, Sección 1.ª de 23 de junio de 2006 (AC 2006, 1617) ; SAP Asturias, Sección 1.ª, de 22 de septiembre de 2006 (AC 2006, 2082) ; SAP Asturias, Sección 1.ª, 5 de febrero de 2007 (JUR 2007, 274649) , RA n.º 438/2006; SAP Córdoba, Sección 3.ª, de 7 de junio de 2007; SAP La Rioja, Sección 1.ª, de 22 de junio de 2007 (AC 2008, 416) ; SAP Valencia, Sección 9.ª, de 25 de febrero de 2008, SAP Zaragoza, Sección 5.ª, 11 de septiembre de 2008 (AC 2008, 2292) y SAP Zaragoza, Sección 5.ª, 15 de diciembre de 2008 (JUR 2009, 102227)). b) Algunas de estas sentencias se han fundado en la identidad del momento de nacimiento de la obligación del contribuyente principal por IRPF y el retenedor, fijado en el momento de la realización del hecho imponible (así se observa en la sentencia recurrida, por remisión a la argumentación del Juzgado). Esta doctrina debe ser matizada, aunque la conclusión es idéntica a la alcanzada por las expresadas sentencias. c) El nacimiento de la obligación tributaria principal que corresponde al contribuyente por renta tiene lugar con la realización del hecho imposible, que coincide con el momento del devengo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 20 y 21 LGT. Según el artículo 6.1 LIRPF 2004 (RCL 2004, 622) constituye el hecho imponible la obtención de renta por el contribuyente. Este precepto debe completarse con lo dispuesto en el artículo 12 LIRPF 2004, del que resulta que hecho imponible es la obtención de renta por el contribuyente durante el periodo impositivo anual («El IRPF se devengará el 31 de diciembre de cada año [...]»). Sin embargo, la obligación del retenedor es una obligación tributaria (artículo 58 LGT) autónoma respecto de la obligación tributaria principal (según se reconoce unánimemente en la doctrina científica y en la jurisprudencia administrativa) y tiene un carácter bifronte, pues comporta en sí misma («en todo caso») la obligación de ingresar en el Tesoro el importe de lo retenido o de lo que debe retenerse si la retención no se verifica («En todo caso, los sujetos obligados a retener o a ingresar a cuenta asumirán la obligación de efectuar el ingreso en el Tesoro, sin que el incumplimiento de aquélla obligación pueda excusarles de ésta»: artículo 101.4 LIRPF 2004). Según el artículo 76 RIRPF de 2004 «con carácter general, la obligación de retener nacerá en el momento en que se satisfagan o abonen las rentas correspondientes.» De esta regulación se sigue que la obligación del retenedor, en sus dos aspectos de retención e ingreso en el Tesoro, nace en el momento del abono de las rentas o salarios con independencia de que la retención se realice o no y del momento en que proceda efectuar el ingreso. No entendemos aceptable la posición de la Abogacía del Estado con arreglo a la cual nacerían en momentos diversos la obligación de retener y la obligación de ingresar lo retenido en el Tesoro, pues la regulación que acaba de exponerse refleja que se trata de dos aspectos de la misma obligación tributaria sujetos a un régimen conjunto. d) Aplicando este principio, debe entenderse que el momento de nacimiento del crédito en favor de la Hacienda Pública por retenciones por el IRPF, que es el del abono de las rentas o salarios, determina que el crédito tenga carácter concursal si el abono se ha producido con anterioridad a la declaración del concurso, en virtud

3.3.5.3.2.4.2. El pago de cuotas de la Seguridad Social.

En relación con manifestación externa de insolvencia, es la única categoría de las cotizaciones que el deudor está obligado a realizar por

de lo establecido en el artículo 84.2.10.º LCon, aunque el plazo establecido por las normas tributarias para la liquidación o el ingreso haya concluido con posterioridad. En efecto, de acuerdo con este precepto son créditos contra la masa «los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso». El artículo 84.1 LCon establece que «constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa». e) El carácter de obligación legal del crédito por retenciones por el IRPF, sujeta a la legislación especial tributaria, no comporta alteración alguna en cuanto a la determinación del momento de nacimiento del crédito, puesto que la obligación formal de declaración a que está obligado el retenedor durante un determinado plazo en que debe producirse el ingreso constituye, según las normas generales de la LGT (artículo 119 LGT (RCL 1963, 2490)), un acto, encuadrado en el procedimiento de gestión, mediante el que el obligado tributario reconoce o manifiesta la realización de cualquier hecho relevante para la aplicación de los tributos, pero no altera, si nada especial se establece, el momento del nacimiento de la obligación. f) La clasificación del crédito por retención por el IRPF en atención al momento en que procede el ingreso, que propugna la recurrente, tendría el inconveniente de introducir discriminaciones según el régimen fiscal del concursado, pues, de modo similar a como ocurre con el IVA, los plazos de ingreso pueden sufrir alteraciones según el sujeto obligado. Frente a la regla general que ordena el ingreso en los veinte primeros días de abril, julio, octubre y enero, la Administración del Estado, y los retenedores con un determinado volumen de operaciones, deben ingresar las retenciones en los veinte primeros días de cada mes (art. 69 RIRPF 2004). g) La legislación concursal obliga a estar a la fecha del nacimiento de la obligación y la fijación de este momento como determinante del carácter concursal o contra la masa del crédito correspondiente constituye una garantía del mantenimiento del principio de igualdad entre los acreedores del concursado. Este principio no puede verse alterado en función de la mejor adaptación a los principios del Derecho tributario, los cuales deben ceder (como de hecho ceden, en el propio ámbito tributario, cuando se establecen plazos especiales para el ingreso) para hacer posible el cumplimiento de los principios del Derecho concursal sobre igualdad entre los acreedores y restricción de los privilegios que se les reconocen La DA octava LGT establece que, en materia de «Procedimientos concursales», «lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento».

cualquier concepto, incluyendo cotizaciones propias del deudor como empresario con relación a sus trabajadores. Es aplicable solamente a deudores que tengan la condición de empresarios por ser los responsables del ingreso de sus propias cuotas y las de los trabajadores, obligaciones de carácter periódico cumplidos en plazos determinados²¹⁵. La legitimación es conocida y acreditada y le corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social que es una acreedora difícilmente conocida y acreditada por otro acreedor.

Sobre el pago de cuotas de la Seguridad Social, el sistema de calcular su manifestación externa es muy parecida a la situación de la falta de pago de los últimos tres meses que en asuntos tributarios, dependiendo de la forma en que estén obligados, es decir que se trata de una exigibilidad permanente durante ese tiempo, independientemente del régimen de frecuencia de pago o de vencimiento.

Al respecto se refiere la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) Sentencia núm. 103/2013 de 26 marzo. AC 2013\1422²¹⁶: “...*“Los hechos previstos en el artículo 2.4.4 LC son: el incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones*

²¹⁵ HERNANDEZ MARTÍ, J., *op. cit.*, p. 131.

²¹⁶ En similar sentido: Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª) Sentencia núm. 316/2013 de 3 junio. JUR 2013\353485; Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª) Sentencia núm. 137/2012 de 5 junio. JUR 2012\237912; Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) Sentencia núm. 5/2011 de 13 enero. AC 2011\283.

tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades...”.

3.3.5.3.2.4.3. El pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo.

En esta manifestación externa se debe tener presente, en primer término, lo que se entiende por salario, entendido como una retribución periódica que recibe el trabajador, como una contraprestación de su trabajo realizado a favor de los intereses de la empresa que lo contrata en relación de dependencia, y la manifestación debe de tratarse de los salarios impagados cualquiera que sea su modalidad periódica y que abarquen los últimos tres meses. Dentro del salario deben de estar incluidos cualquier clase de retribución que se deba pagar con los salarios o separadamente como las indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de la relación de trabajo y debe de tratarse de obligaciones vencidas y exigibles durante los últimos tres meses anteriores a la solicitud del concurso, independientemente del régimen de frecuencia de pago o de vencimiento. En este caso es suficiente con manifestar el incumplimiento, teniendo el deudor la facultad de oponerse a

dicha solicitud, acreditando documentalmente que ha efectuado el pago que se ha manifestado omiso²¹⁷.

3.4. La prueba del presupuesto objetivo.

En el caso de la prueba del concurso necesario de acreedores presentada la solicitud por el acreedor y la comprobación del juez de los hechos planteados, no determinan la declaración definitiva del concurso, sino

²¹⁷ En relación al incumplimiento generalizado de las obligaciones estudiadas se puede relacionar el Auto de 24 de septiembre de 2010, AC. 2011\1947, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cádiz que en su parte conducente enuncia: "...a) *Falta de pago de obligaciones tributarias (frente a Hacienda Pública, CCAA y Haciendas Locales) durante los tres meses anteriores a la declaración de concurso. Se trata de obligaciones de pago de tributos, que han de ser exigibles en los tres meses anteriores a la declaración de concurso.* b) *Falta de pago de cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante los tres meses anteriores a la declaración de concurso. El precepto se refiere a los créditos por cuotas y a las exacciones de recaudación conjunta del art. 1.2 del RD 1415/2004, de 11 de junio (RCL 2004, 1453), por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RGRSS).* c) *Falta de pago de salarios, indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de relaciones laborales, de las tres últimas mensualidades. El concepto de salario lo proporciona el art. 26 ET (RCL 1995, 997), conforme al cual: "Se considera salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración o los periodos de descanso computables como de trabajo". En cuanto a las indemnizaciones, se incluyen, las indemnizaciones derivadas de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (art. 50 ET), las indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas del contrato de trabajo (art. 51 ET); las indemnizaciones derivadas de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas (art. 52 ET); y las indemnizaciones derivadas de extinción por despido disciplinario (art. 54 ET)..."*

que solamente sirve para admitir o denegar el trámite de la solicitud, que lleva como consecuencia el emplazamiento y audiencia del deudor, tal y como lo regula el art. 184 de la LC. Se puede decir entonces que el Juez del Concurso no está obligado a comprobar en cada caso la situación económica de fondo existente en los hechos regulados en el art. 2.4 de la LC sino que se restringe a la declaración del concurso, siempre que se de alguno de los hechos, que el deudor emplazado se allane o que el mismo no formule oposición dentro el plazo respectivo. De cualquier modo, en este último caso, es al deudor y no a los acreedores quien debe de probar cuando comparezca, su estado de solvencia mediante lo que es conocido procesalmente como inversión de la carga de la prueba, lo que resulta lógico ya que solamente éste conoce realmente su situación económica de fondo.

Sobre la prueba de la insolvencia en el concurso voluntario, determina el artículo 2.3 de la L.C. que el deudor deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia. Por lo tanto debe de acreditar ante el Juez del concurso lo que sigue: a) El valor de sus activos realizables; b) El valor de sus pasivos exigibles o, si se prefiere, la cantidad y las modalidades de su endeudamiento; c) A consecuencia de que sus activos realizables no permitan cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, su situación de insolvencia. d) No debe haber inconveniente en que, para acreditar todo lo anterior, y, sobre todo, la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles, el deudor invoque alguno o varios de los indicios del art. 2.4. de la LC, de lo que se trata

es de que justifique su insolvencia, siendo indiferente la vía que utilice para eso²¹⁸.

En relación al Juez, la delimitación normativa de la insolvencia le proporciona cierta seguridad, quien acompañado de esa actividad probatoria al que se ha hecho referencia se tenga claro el presupuesto objetivo o no. En todo caso no importa cuál es la solvencia real del deudor, sino la acreditación del hecho de que no se cumplen las obligaciones que le son exigibles.

Según la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) auto núm. 68\20012 de 27 de abril JUR 2012\210581²¹⁹, en el apartado sobre este tema

²¹⁸ MERCADAL VIDAL, F., “Comentarios a la Ley Concursal” VVAA, Comentarios a la Ley Concursal. Ed. Bosch, S.A., Barcelona, 2004, p. 36.

²¹⁹ En dicha sentencia se analizan las formas de probar los hechos externos de la insolvencia: “... Debemos recordar, pues ya lo explicamos en los autos de estas sección 28ª de la AP de Madrid de 13 de febrero de 2009 y de 28 de junio de 2010, cuál es el mecanismo en materia de carga de la prueba que inspira la LC en relación a la declaración del concurso necesario. Corresponde al acreedor probar la concurrencia del hecho que opera como indicio o manifestación externa de insolvencia que hubiese alegado en su solicitud. Así, ya en ella tenía obligación de expresar los medios de prueba de que se valiese (es decir, los que acompañase a la solicitud) o pretendiera valerse (es decir, durante la vista, sin perjuicio de los que, en su caso, pudiera proponer en ésta a tenor de las alegaciones que pudiera haber vertido el deudor en su escrito de oposición) para acreditar los hechos en que fundase su solicitud (es decir, sobre la legitimación del solicitante -su condición de acreedor- y sobre los presupuestos subjetivo y objetivo del concurso, si bien con respecto a éste le bastaría con demostrar, como ya se ha dicho, las manifestaciones externas previstas en el artículo 2.4 de la LEC (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892)). Incumbe, por su parte, al deudor, a tenor de lo establecido en el artículo 18.2 de la LC (en relación con la previsión del artículo 217.6 de la LEC), probar su solvencia (en lo que constituye una auténtica fórmula de inversión legal de la carga de la prueba). Si está legalmente obligado a llevar contabilidad (lo que ocurre para todo empresario, según el artículo 25 del Código de Comercio con independencia de su dimensión y de que sea

se ha pronunciado estableciendo la necesidad de probar el estado de insolvencia, es decir el de justificar el endeudamiento en los plazos legales establecidos.

Otro aspecto importante es que al deudor cuando solicita el concurso (concurso voluntario), debe de acreditar si dicha insolvencia es actual o inminente y en ese caso no hace falta probar el incumplimiento de las obligaciones sea de carácter general, completo y definitivo, de tal manera que deberá acreditar la existencia y cuantía de las deudas, su estado de insolvencia

persona física o jurídica, sin perjuicio de que puedan existir diferencias, legalmente reguladas, en cuanto al contenido de la misma) la prueba deberá basarse en ésta y aportar los libros a la vista. No obstante, no tiene por qué ser esa la única prueba que quepa proponer, pudiéndose aportar además otros medios probatorios admisibles en derecho, como se deduce de la previsión del artículo 18.2 in fine y exige la efectividad del derecho a la defensa (artículo 24 de la Constitución). Es previsible que en estos casos pueda presentarse o solicitarse, por una u otra parte, prueba pericial en este incidente. De manera que a la parte instante le bastará con acreditar que su petición estaba justificada porque se daba alguno de los supuestos previstos en el artículo 2.4 de la LC por ella alegados para que pudiera instarse el concurso necesario (recuérdese que este precepto contempla un "numerus clausus" de manifestaciones externas de la insolvencia: que se haya despachado ejecución o apremio contra el deudor sin resultar bienes libres bastantes para el pago, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de manera general al patrimonio del deudor, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes o el incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias, de la Seguridad Social o laborales durante los tres meses anteriores a la solicitud) y deberá ser el deudor que se haya opuesto el que desvirtúe la apariencia de insolvencia que se deduce de tales hechos, bien demostrando que no se daba en realidad el hecho alegado o que, a pesar de ello, gozaba de solvencia...".

y que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones, tal y como lo relaciona el art.2.3 de la LC²²⁰.

3.5. Reformas a la Ley Concursal 22/2.003 de 9 de julio.

Con el devenir de los cambios sociales y económicos que han definido los marcos políticos y de política jurídica de la Unión Europea y como consecuencia de España, ha hecho que la legislación concursal, nacida como tal con la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, sea objeto de reformas profundas, adaptándola progresivamente a las necesidades del contexto económico, político y social, siendo como tal las reformas vertidas con el RDL 3/2009 de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, la Ley 38/2011 de 10 de octubre, Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, Ley 17/2014 de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, RDL 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; y más recientemente, Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal; Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otra medidas de orden social.

²²⁰ ARROYO MARTINEZ, I., "Teoría y práctica del derecho concursal, examen de la ley 38/2011", VVAA. Teoría y práctica del derecho concursal. Ed. Tecnos, Grupo Anaya S.A., Madrid, 2012. p. 28.

Siendo que cada una de estas reformas se han ido complementando y adaptando las nuevas tendencias mundiales en la materia concursal y a la realidad afectada por la crisis económica de la región.

Desde la emisión de la Ley 22/2003, se partió acertadamente de una declaración programática manifestada en la Exposición de Motivos de la Ley sobre la finalidad esencialmente solutoria del concurso de acreedores, situada en la satisfacción de los intereses en el cobro de los acreedores, pero introduciéndose a lo largo de distintos preceptos del articulado de la Ley la idea del “interés del concurso”²²¹. Se introducía así un concepto jurídico indeterminado en el que parecían englobarse todos los intereses subjetivos implicados en la insolvencia del deudor, configurándose el convenio y la liquidación como soluciones al concurso excluyentes entre sí como instrumentos para la consecución de dicho interés²²². Sin embargo, como se puede advertir se optó al principio como en el año de 1983 por no regular el marco de composición amistosa entre deudor y acreedores de las crisis económicas del deudor común, que encontraba el fundamento de su licitud en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes con los límites genéricos a dicha autonomía contenidos en el artículo 1255 del CC, sin embargo y como veremos en los incisos posteriores, en las últimas reformas se trata de implementar vías que permitan desjudicializar el proceso y procurar

²²¹ PULGAR EZQUERRA, J., “Preconcurso y Acuerdos de Refinanciación, Adaptado a la Ley 387/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal”, Ed. La Ley, Madrid. 2012, p.p. 172-173.

²²² MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Hacia un nuevo Derecho Concursal: La anticipación de la apertura del procedimiento”, en Estudios al profesor Díez Picazo, Dir. Cabanillas Sánchez. Ed. Civitas, vol. 4. Madrid, 2002. p.p.5931-5944.

mecanismo que permitan más acercamiento previo a un proceso concursal entre los deudores y los acreedores, esto para incentivar y procurar más acuerdos de refinanciamiento e implementar la pre insolvencia.

Así pues, en sede concursal, inicialmente en la LC 22/2003, se estructuran los mecanismos preventivos de un lado en torno a la anticipación del momento de apertura del concurso de acreedores voluntario, esto es instado por el propio deudor a través de la denominada “insolvencia inminente”, proveniente de la “Drohende Zahlungsunfähigkeit” alemana y definida en el artículo 2.3. LC, con influencia del artículo 5 de la “Legge Fallimentare” italiana, como aquella situación en que el deudor y no los acreedores, prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones, en consecuencia estaría en situación de insolvencia inminente por tanto no solo el deudor que prevea que no podrá cumplir regularmente sus obligaciones pero con retraso, conectando la “regularidad” en este ámbito, dentro de sus posibles acepciones, con los medios empleados en el cumplimiento de las obligaciones²²³.

A continuación haremos un repaso de las principales reformas que se han ido sucediendo a la primigenia LC del 2003 hasta la actualidad, para comprender la evolución del Derecho Concursal Español desde la gran reforma concursal, y como los conceptos fundamentales se han mantenido, implementando mecanismos para prevenir la insolvencia o en todo caso mejorar su tratamiento en factores tiempo y oportunidades, procurando un reflotamiento de las empresas viables y anticipando la liquidación de las que no

²²³ PULGAR EZQUERRA, J., *op.cit.*, p.p. 174 y 175.

lo sean para causar menos perjuicios a los acreedores. Es de importancia resaltar que el art. 2 de la LC que contiene todo lo relativo al presupuesto objetivo no ha sido modificado desde su concepción original, sin embargo, se percibe la flexibilización en su apreciación ayudando a agilizar los procesos y que los intervinientes tengan más alternativas para el tratamiento de la insolvencia.

3.5.1. Real Decreto Ley 3/2.009 de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

La primera regulación a la LC, implemento los conceptos de reestructuración, refinanciación y pre insolvencia surgió con el Real Decreto Ley 3/2009 de 27 de marzo²²⁴ en los inicios de una grave crisis económica y

²²⁴ En la Jurisprudencia se desprenden cuestiones relativas a la implantación de los métodos de refinanciación que se dieron en ese entonces tales como la sentencia número 363/2014, del Tribunal Supremo, y en el cual dentro del fundamento de derecho quinto se desprende que: "...Ante todo, hemos de señalar que el RDL 3/2009 fue norma que pretendía proporcionar una seguridad jurídica a las partes a determinadas operaciones de reestructuración y de financiación, o ambas, con el fin de que, si se daban ciertos requisitos, fueran irrevocables frente a las acciones de reintegración. En modo alguno puede pensarse que la norma supuso que todos los acuerdos de refinanciación o de reestructuración debían ajustarse a los requisitos que en la misma se establecen, so pena de poder ser rescindidos inevitablemente. Las mismas razones que llevaron y llevan a la jurisprudencia, en cada caso en particular, tras su análisis y ponderación, a apreciar o no un sacrificio patrimonial injustificado por las operaciones descritas, también ahora, nada impide que pueda probarse que no ha existido perjuicio, destruyendo la presunción *iuris tantum*, que es lo que ha ocurrido en el presente caso y que la sentencia recurrida ha ponderado detenidamente. Por tanto, ni la norma que introduce los acuerdos de refinanciación (la DA 4º del RDL 3/2009), ni las posteriores reformas concursales que los ha modificado (Ley 38/2011 y el RDL 4/2014) impiden que para los

con el trasfondo de importantes operaciones de refinanciación entre grandes empresas, especialmente en el sector de la construcción y las principales entidades bancarias del país, enfocándose este régimen inicial de los acuerdos de refinanciación para atender los problemas específicos derivados de la crisis inmobiliaria. El temor fundado de que alguna de dichas operaciones pudiera ser rescindida en caso de ulterior insolvencia de la empresa refinanciada tras anuncio del ejercicio de acciones rescisorias al amparo de los arts. 71 y ss de la Ley 22/2003, por la Administración concursal en procedimientos concursales como los de Martinsa-Fadesa o Nozar; e incluso de que los créditos aportados por las entidades bancarias fueran condenados a subordinación, siguiendo la estela marcada por la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de fecha 21 de mayo de 2007, la que justificó la introducción en el RD un sistema de "blindajes" o "escudos protectores", que simplificando su funcionamiento, operaba como una suerte de inmunidad de jurisdicción condicionada de los acuerdos de refinanciación frente a futuras acciones rescisorias concursales.

La ausencia de previsiones en el ordenamiento jurídico que contemplaran la posibilidad de que la mayoría de los acreedores conformes con la refinanciación impusieran la obligatoriedad de los pactos suscritos con el deudor a los ausentes y disidentes, así como una paralización forzosa de las

acuerdos de refinanciación que no se acojan a la protección específica prescrita recientemente en la disposición adicional 4º y en el art. 71bis, deba seguir examinándose, caso por caso, si existe o no sacrificio patrimonial injustificado como venía haciéndose hasta ahora, pues aunque los acuerdos no se ajusten a los requisitos exigidos por las nuevas normas pueden ser igualmente inmunes si no comportan perjuicio concursal en el sentido del art. 71 LC. ...”

ejecuciones singulares, propició que aflorasen en algunos procedimientos de esta índole actitudes no cooperativas, idóneas para arruinar la consecución de acuerdos globales cercenando de forma drástica las perspectivas de continuidad de las correspondientes empresas²²⁵.

3.5.2. Ley 38/2.011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2.003 de 9 de julio, Concursal.

La existencia en algunos países del entorno como el Reino Unido, de regulaciones que permitían obtener en sede judicial la extensión de los efectos del acuerdo de refinanciación a los acreedores renuentes (los conocidos "schemes of arrangement" británicos) inspiró al Legislador Español a la introducción en la Ley 38/2.011, de una nueva disciplina en la Disposición Adicional 4a. de la Ley Concursal destinada a regular la homologación judicial de dichos pactos. Las nuevas previsiones, juntamente con la inclusión de especiales privilegios para los aportes de tesorería efectuados en el marco de las operaciones de refinanciación (el conocido como privilegio del "fresh

²²⁵ Siendo relevantes las reformas que a las que se hace referencia, se puede afirmar que la reforma de "mayor calado" introducida en virtud del RDL 3/2009 estribó en la regulación que se introdujo de las refinanciaciones de deuda pre concursales de carácter extrajudicial que el deudor puede alcanzar con sus principales acreedores, predominante aun cuando no exclusivamente acreedores profesionales. Precisamente era por esta opción por la que los operadores del tráfico mostraban y muestran su preferencia como mecanismo de composición de crisis económicas, particularmente en un contexto de crisis económica generalizada como aquel en que se dictó el RDL 3/2009. *Ibidem*. p. 187.

money" o "dinero nuevo") vendrían a constituir dos de las novedades más destacadas (y cuestionadas) de la recién inaugurada Reforma Concursal²²⁶.

Así pues los institutos preconcursales se pueden considerar como un instrumento para evitar el concurso o para anticipar una solución ordenada del mismo por medio de un convenio anticipado, siguiendo la finalidad esencial de la L.C. que entro en vigencia desde el año 2003 en la que el convenio se contemplaba como un modo normal y natural de concluir el concurso, situación que no se cumplía en la mayoría de casos por la profunda crisis económica que provocaba que cerca de un 95% de las empresas que entraban en concurso terminaran en liquidación con sus respectivas consecuencias en materia de actividad empresarial y empleo.

Se pueden resaltar cuatro aspectos básicos de la reforma acometida por la ley 38/2.011²²⁷, la cuales se transcriben: "...1. Se facilita la liquidación de manera que, solicitada por el deudor en cualquier momento, ésta se abre casi de inmediato sin sujeción ya a la rigidez de límites temporales y sin distinguirse entre liquidación anticipada y ordinaria; 2. Se estimula al deudor para que consiga las adhesiones necesarias tendentes a la aprobación de un convenio anticipado hasta el punto de que lograda la misma se le exime en determinados

²²⁶ NIETO DELGADO, C., *et al*, "Antecedentes de la nueva disciplina de los acuerdos de refinanciación con homologación judicial en la ley 38/2011". La reforma de la ley concursal analizada por especialistas. *op cit.*, pp. 28 y 29.

²²⁷ Aspectos propuestos por CARLOS NIETO DELGADO, Magistrado-Juez del Juzgado Mercantil 1 de Madrid. *Ibid*, p. 29.

casos del trance de la apertura de la sección de calificación; 3. Se favorece la concesión de crédito a las empresas en fase de convenio y se dota de especial protección al denominado “dinero nuevo”, que contribuye a la continuidad de la actividad; y, 4. Se articulan mecanismos que eviten el consumo, proporcionando alternativas al mismo²²⁸.

En suma se puede decir que lo que busca esta reforma es la continuidad de lo que se hizo con EL RDL 3/2009, como es la potenciación de las soluciones preconcursales amistosas por la vía de los acuerdos de refinanciación. Con las medidas adoptadas se mantiene la originaria línea introducida en la LC 22/2003, procedente de la “*insolvenzordnung*” alemana, de anticipación del momento de apertura del concurso de acreedores a través del concepto de insolvencia inminente contenido en el artículo 2.3 LC, y de regulación de instancia intermedias en la desjudicialización a través de la propuesta anticipada de convenio, y esto coexistiendo con la opción ya iniciada en el RDL 3/2009 por la técnica procedente del Derecho Italiano de “escudos protectores”, cuyo éxito es un hecho constatable que se ha materializado en el elevado número y relevancia de los acuerdos de refinanciación como ejemplos relevantes los celebrados por PANRICO, REYAL URBIS, SOS, entre otros ²²⁹.

²²⁸ *Ibid*, p.p. 45,46.

²²⁹ En este sentido no se optó por la introducción de una ley de acuerdos extrajudiciales, ni de un procedimiento al que haya de adecuarse la negociación y conclusión de acuerdos de refinanciación y que “encorsetarían”, la autonomía negociadora de las partes intervinientes en el acuerdo. PULGAR EZQUERRA, J, “Preconcursalidad y Acuerdos de Refinanciación”, *op. cit.* p. 195.

En relación a como surgieron estas reformas tan importantes cabe resaltar que se constituyeron en el Ministerio de Justicia en el seno de la Comisión Integral de Codificación una sección especial compuesta por todos los sectores implicados en la judicatura: Catedráticos, Economistas y Abogados, el resultado es que se ofrece a las empresas una solución más ágil y económica a su crisis a través de dichos acuerdos de refinanciación, por lo que se regula la comunicación formal que se están iniciando negociaciones con los acreedores, regla con detalle los deberes de las partes que negocian el acuerdo y establece la homologación judicial de tal acuerdo que, dentro de ciertos límites se extiende a los acreedores dicidentes²³⁰.

3.5.3. Ley 14/2.013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Más recientemente, mediante la ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se ha unido a la tendencia de los países del entorno de prever por un lado, un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, sean estas personas físicas o jurídicas y de otro la exoneración de las deudas residuales en caso de liquidación de patrimonio del deudor persona natural que judicialmente

²³⁰ NIETO DELGADO, C., "Derecho de Preinsolvencia", Tratado Judicial de la Insolvencia tomo I. Ed. Thomson Reuters, ARANZADI, directores Pedro Prendes Carril y Alfonso Muñoz Paredes. Pamplona 2012. p. 101.

declarado en concurso (el común -o directo- o el consecutivo)²³¹, no hubiera sido juzgado culpable de la insolvencia y hubiera satisfecho un mínimo de deudas. Solución especial a las situaciones de la solvencia de los deudores personas naturales muy reclamada por la doctrina (y recientemente asimismo, entre otros, por la comisión europea, el banco mundial y el fondo monetario internacional), habida cuenta también de las particulares condiciones que dan en tales sujetos frente a las personas jurídicas, algunas de las cuales pueden limitar su personalidad y todas ellas pueden disolverse²³². Se puede destacar en el art. 21 de esta ley: 1. Se da un cauce extrajudicial a los concursos de los pequeños empresarios de tramitación flexible y a sustancias en plazos brevísimos con el que se quiere además aliviar de trabajo en estos momentos de crisis económica a los recargados juzgados de lo mercantil recurriéndose para ello a otros funcionarios públicos bien preparados técnicamente: Los Registradores Mercantiles y los Notarios, a quienes se les encomienda la designación de un mediador que impulse la avenencia entre deudor y acreedores, sistema de autocomposición por las partes de sus respectivos intereses en situaciones de insolvencia alternativos a los judiciales y el control del cumplimiento de los requisitos de publicaciones y publicidad registral, cauce extra judicial alterno y preconcursal, del que quedan excluidos deudores no

²³¹El concurso consecutivo es el procedimiento judicial regulado en el nuevo título X, de la LC. resultante del fracaso del intento del deudor de alcanzar un acuerdo extrajudicial de acuerdo con trascendencia concursal con sus acreedores, cuyo fin es la liquidación del patrimonio del deudor.

²³² BAENA, P., "El concurso consecutivo". En: *Anuario de derecho concursal*, número 33, septiembre -diciembre de 2014. Editorial ARANZADI, S.A., Pamplona. 2014, p.p. 11, 12.

empresarios (consumidores), protagonistas de muchas insolvencias, las cuales pudieran haber tenido una adecuada solución jurídica mediante tal expediente.

Así mismo se articula la posibilidad de ofrecer en algunos casos una segunda oportunidad a las personas naturales insolventes a las que la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor del artículo 1911 del código civil había llevado en muchos casos a la inactividad o al desarrollo de gran parte de su actuación en la economía sumergida²³³.

3.5.4. Real Decreto-ley 4/2.014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

La reforma de los acuerdos de refinanciación pre concursales llevada a cabo por el RD 4/2014 tiene como objetivo primordial la creación de vías que faciliten la continuidad de empresas que sean solventes y rentables, en particular, en sectores como el industrial, siempre el nivel de apalancamiento sea razonable en consideración a los flujos generados por la actividad empresarial. Los acuerdos de refinanciación se pueden clasificar en función de sus efectos en dos grandes grupos: los acuerdos de refinanciación con efectos ordinarios, que incluyen los acuerdos de refinanciación singulares, los acuerdos de refinanciación colectivo y los acuerdos de refinanciación homologados

²³³ *Ibid*, p.14.

ordinarios, y por otra parte, los acuerdos de refinanciación homologados²³⁴ que determinan la aplicación del aplazamiento convenido al conjunto del pasivo financiero y los acuerdos de refinanciación homologados extraordinarios que pueden prever medidas como el *debt equity swap*²³⁵.

Se plantean sin embargo objeciones relevantes, como consecuencia, entre otras razones, de la asimetría y de las diferencias no solo de contenido, sino, sobre todo de concepción, entre el régimen de los acuerdos de refinanciación preconcursales y la Ley Concursal²³⁶.

²³⁴ Los acuerdos colectivos y homologados pueden clasificarse en: Acuerdos de refinanciación atípicos que son aquellos que responden parcialmente al contenido que debe tener un acuerdo de refinanciación, conforme a los recogido en el artículo 71.1 bis a) son aquellos que no cumplirán ningún otro requisito de los acuerdos de refinanciación típicos y por ello no gozarían de los escudos protectores serían acuerdos que podría resistir en un procedimiento CONCURSAL posterior tal y como puso de manifiesto la sentencia de la audiencia provincial de Barcelona (sección 15a.) de 6 de febrero de 2009. Ponente Ignacio Sancho Gargallo (JUR 2009, 172445). Los acuerdos de Refinanciación típicos: Regulados en el artículo 71 bis, son dos los acuerdos colectivos y los no colectivos. Los Homologados judicialmente son siempre acuerdos de Refinanciación homologados judicial con la peculiaridad respecto al cómputo del pasivo. VALENCIA, F., "La tipología de los acuerdos de refinanciación". En: *Anuario de derecho concursal*, número 33, septiembre -diciembre de 2014. Editorial ARANZADI, S.A., Pamplona, 2014, p.p.65-72.

²³⁵ Entendida dicha operación como la capitalización de la deuda mediante aumentos de capital por compensación de créditos.

²³⁶ LEÓN SANZ, F., " La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales". *El Notario del siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid*. Julio -agosto 2014, No. 56. p. 38-42

Los requisitos para la celebración de los acuerdos de refinanciación tratan de asegurar la justificación económica de razonabilidad de los acuerdos (requisitos objetivos)²³⁷, y el apoyo de una parte importante de los acreedores (requisitos subjetivos), deben de hacerse valer en el momento de celebrar el acuerdo. Luego elevar a instrumento público y homologar judicialmente²³⁸.

Así pues con estas medidas se pretende la continuidad de la empresa del aquel deudor con una situación de dificultades económicas y que para paliarla debe implementar profundas transformaciones reestructurando el pasivo, con la transmisión de unidades económicas así como la conversión de la deuda en capital.

En la amplia tipología de acuerdos que pueden servir para resolver la crisis de las empresas destacan los que conducen la conversión de la deuda por capital de la sociedad deudora (*debt equity swap*), con estos acuerdos la sociedad deudora puede liberarse de su carga financiera, mientras que los acreedores buscan la rentabilidad futura de su inversión en sociedades que son viables, aunque lastradas por un fuerte endeudamiento. Para fomentar su utilización el RD 4/2014 ofrece múltiples incentivos. Sus principales

²³⁷ La insolvencia en el caso de los acuerdos de REFINANCIACION es el enunciado en el artículo 2, de la LC. Es decir la insolvencia de ese empresario persona natural o jurídica. Rige por igual el estado de insolvencia actual, así como la, insolvencia inminente basada en la previsión de incapacidad para cumplir regularmente las obligaciones contraídas art. 231.1 L.C. SÁNCHEZ-CALERO,J., "El acuerdo extrajudicial de pagos", En: *Anuario de derecho CONCURSAL*, número 32, mayo-agosto 2014, Ed. Aranzadi, Navarra, Pamplona, 2014. p. p. 12-19

²³⁸ *Ibid.* p. 39.

destinatarios son los acreedores, que también se pueden dirigir a los administradores y socios de la sociedad deudora. Algunos de estos estímulos actúan como "premios", mientras que otros se configuran como sanciones para quienes los rechazan. Los estímulos se extienden a la conclusión de los acuerdos y su adopción por los órganos de la sociedad. Normalmente la conversión de la deuda se realizará mediante un aumento de capital con emisión de nuevas acciones y participaciones, que el acreedor suscribirá compensando sus créditos. La reforma desplaza a menudo los principios y las reglas del Derecho de sociedades por lo fines del Derecho concursal. No obstante, no siempre se produce una adecuada composición de los unos y los otros. En particular debe cuestionarse el valor que se debe dar al capital emitido y la compatibilidad de la conversión con el principio de integridad del capital. Pero las dudas surgen también con respecto de la tutela de los socios, cuando la medida se utiliza para excluir a los minoritarios²³⁹.

En el marco de la Comisión de la Unión europea también se han dictado recomendaciones de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, de las que devienen las actuales reformas relacionadas con refinanciación y reestructuración de las empresas. Dichas recomendaciones tienen por objeto garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y por

²³⁹ RECALDE CASTELLS, A., "Nueva modificación del ámbito concursal", *El Notario del siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid*. Julio -agosto 2014, No. 56. p. 44-47.

lo tanto maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía. La recomendación también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incursos en procesos de insolvencia en toda la Unión²⁴⁰. Se sugiere adoptar medidas para reducir los efectos negativos de la insolvencia para los empresarios, mediante disposiciones que prevean la plena condonación de deudas después de cierto plazo máximo, y de esta manera animar a los Estados miembros a establecer un marco que permita la reestructuración eficiente de las empresas viables con dificultades financieras, y ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados, con el fin de fomentar el espíritu empresarial, a inversión, empleo y contribuir a reducir los obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior.

Reduciendo los obstáculos que se mencionan en particular invitan a: a) Disminuir los costes de evaluación de los riesgos de inversión en otro Estado miembro; b) Aumentar las tasas de recuperación para los acreedores; c) Eliminar las dificultades de reestructuración de los grupos de empresas transfronterizas, todo esto estableciendo normas mínimas sobre: 1) Marcos de reestructuración preventivos, y 2) Condonación de deudas de los empresarios insolventes²⁴¹.

²⁴⁰ *Anuario de Derecho Concursal* número 32, Mayo-Agosto 2014, Ed. Aranzadi, Pamplona Navarra, 2014, p.p. 755-765.

²⁴¹ *Ibidem*.

3.5.5. RDL 11/2.014, de 5 de septiembre, sobre medidas urgentes en materia concursal.

Como una ampliación del contenido del RD 4/2.014, el Gobierno de España aprobó este real decreto relativo a medidas urgentes de ayuda a las refinanciaciones y reestructuraciones de la deuda empresarial (fase pre concursal) y que resuelve algunas carencias y problemas del concurso de acreedores en las fases de convenio y liquidación.

En relación al convenio concursal se aborda la flexibilización del mismo en su contenido y en sus efectos, sobre todo en la ampliación de quitas y esperas, y se establece que para conseguir acuerdos es necesario contar con el apoyo del 60% de los acreedores ordinarios y el 65 % de los acreedores privilegiados para esperas de menos de 5 años y del 75% de los ordinarios y del 80% de los privilegiados para esperas de entre cinco y diez años, y para esperas de hasta 10 años para las capitalizaciones, conversión de créditos en acciones o participaciones del deudor o créditos participativos.

Se aumenta el quorum en la celebración de la junta de acreedores y se le reconoce voto a los acreedores que hubiesen adquirido sus derechos de crédito con posterioridad a la declaración del concurso, excepto que tengan “vinculación especial con el deudor”. Se amplía el listado de personas especialmente vinculadas con el deudor asignándoles la condición de acreedores subordinados y sin voto en la Junta, incluyendo las personas jurídicamente controladas por el concursado; los administradores de hecho o de derecho; las personas físicas vinculadas al deudor; las personas jurídicas que formen parte del grupo de empresas; y las personas jurídicas de las que

las personas jurídicas descritas sean administradores. Según algunos autores la amplitud de este listado de personas vinculadas se ha hecho para evitar el fraude y la adquisición de derecho de crédito tiene como fin el de fomentar un mercado de estos créditos que dote de liquidez a la compañía deudora, sin tener que esperar a la liquidación final²⁴².

En esta reforma también se regula el tema de la liquidación concursal exigiendo que en los informes de la administración concursal se presente la valoración de la empresa en su conjunto y también de las unidades productivas que la integren, bajo la hipótesis: empresa en funcionamiento y en liquidación, lo que se busca con esta norma es garantizar la continuidad del negocio o de la rama de actividad del concursado flexibilizando la transmisión de las unidades productivas, clasificándolas según sean transmisión de contratos administrativos, de licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad e incluidas como parte de la unidad productiva, transmisión de unidades productivas con bienes dados en garantía donde se elimina el consentimiento del acreedor y la transmisión de unidades productivas en liquidación en donde se considera que existe sucesión de empresa, no solo a efectos laborales sino también a efectos de la Seguridad Social.

En relación a la fase pre concursal se incorporan dos novedades: a) La creación de una comisión de seguimiento de las refinanciaciones de deuda empresarial y reducción del sobreendeudamiento. Y b) La creación de un portal

²⁴² MARTIN MOLINA, P., “Comentarios sobre el nuevo Real Decreto Ley 11/2014 sobre medidas urgentes en materia concursal”, publicación electrónica del Consejo General de la Abogacía Española.
<http://www.abogacia.es/2014/10/29/comentarios-sobre-el-nuevo-real-decreto-ley-112014-sobre-medidas-urgentes-en-materia-concursal/> . Consultada el 30/06/2015.

telemático con información sobre las empresas en liquidación o de sus unidades productivas.

3.5.6. Ley 17/2.014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

Continuando con el repaso a las últimas reformas a la LC, la presente tiene como finalidad el determinar que las empresas realmente viables desde un punto de vista operativo, es decir susceptibles de generar beneficios en su negocio ordinario se han tornado inviables desde un punto financiero, lo que abre la puerta a la posibilidad de la liquidación en su conjunto bien sanearla desde un punto de vista financiero, con el fin de que la deuda remanente sea soportable permitiendo así que la empresa siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza y creando puestos de trabajo, siendo preferible la última mencionada por lo que es obligación de los poderes públicos adoptar medidas favorecedoras del alivio de carga financiera o desapalancamiento. Esto es la conjugación con el máximo respeto a las legítimas expectativas de los acreedores, los que habrán de participar activamente y con las máximas garantías en estos procedimientos de alivio de carga financiera. Lo que se busca es favorecer a los deudores en el sentido que una expectativa incierta de cobro de una cantidad elevada se torne en una certeza razonable de cobro de una cantidad más reducida o sujeta a una mayor espera, se trata también de favorecer los mecanismos para que la deuda pueda transformarse en capital.

Con esta reforma se busca fortalecer todas las que se han hecho con anterioridad destinada a favorecer acuerdos preconcursales, principalmente a la reestructuración viable de la deuda empresarial tomando en cuenta que muchas empresas no obstante su elevado endeudamiento sigue siendo productivas. Se basa en el hecho de que la mayoría de procesos concursales terminan liquidación del deudor por lo que la fase pre concursal resulta determinante para la reestructuración financiera de las empresas.

Algunas de las medidas más relevantes que contiene son: La modificación del art. 5 bis permitiendo presentar la comunicación de iniciación de negociaciones para alcanzar determinados acuerdos pueda suspender, durante el plazo previsto para llevarlas al efecto, las ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Lo que se busca es fomentar una negociación eficaz sin acelerar la situación de insolvencia del deudor por razón de una precipitada ejecución de garantías sobre determinados bienes. Por otro lado, se introducen cambios en el régimen de la administración concursal para asegurar que las personas que desempeñan el cargo de administrador concursal cuenten con las aptitudes y conocimiento suficientes, lo que se asegura con la posibilidad de exigir la superación de pruebas o cursos específicos y la creación de una sección cuarta de administradores concursales y auxiliares delegados en el Registro Público Concursal en el que deben de inscribirse todas las personas físicas y jurídicas que cumplan con los requisitos especificando el ámbito territorial en el que deben ejercer. Siempre dentro del ámbito de los administradores será por un reglamento específico cambiando el sistema de listas en los decanatos de los juzgados y la clasificación en función de su

tamaño, y atendiendo a la funciones de los administradores que deberán ejercerse de acuerdo a cada tipo de procedimiento y en función de la concreta fase concursal a las que resulten de aplicación, y se propone un cambio en el arancel de los honorarios de los mismos para que no sea solamente un mecanismo de retribución, sino también un mecanismo de incentivos.

Se acomete una modificación del art. 56 de la LC, para limitar los supuestos de suspensión de ejecución de bienes dotados de garantía real a aquellos que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial. Se vuelve a la sistemática regulada en el art. 71 en relación a las acciones de reintegración. Se introduce un nuevo supuesto en el cual los acuerdos alcanzados se declaran no rescindibles, sin necesidad de alcanzar determinadas mayorías de pasivo.

Para incentivar la concesión de nueva financiación, se atribuye con carácter temporal la calificación de crédito contra la masa a la totalidad de los que originen nuevos ingresos de tesorería, comprendiendo los que traigan causa en un acuerdo de refinanciación y los realizados por el propio deudor o personas especialmente relacionadas, con exclusión de las operaciones de aumento de capital. Este cambio se relaciona con la modificación del art. 92 que establece que quienes hayan adquirido la condición de socios en virtud de capitalización de deuda acordada en el contexto de una operación de refinanciación, no serán consideradas como personas especialmente relacionadas a efectos de calificar como subordinada la financiación por ellos otorgada como consecuencia de dicha operación.

Sobre el régimen de homologación judicial, se amplía el ámbito subjetivo, extendiéndose la posibilidad de suscribir este acuerdo a todo tipo de acreedores de pasivos financieros, excluidos los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de derecho público. Como consecuencia, se prevé la posibilidad de extender los efectos del acuerdo a determinados acreedores con garantía real y se simplifica el procedimiento de homologación, en el que el juez conoce directamente de la solicitud para garantizar la celeridad y flexibilidad buscada en esta fase preconcursal y en el que únicamente tendrá que comprobar la concurrencia de las mayorías exigidas para acordar la homologación.

Por último, se establecen determinadas medidas destinadas a favorecer la transformación de la deuda en capital, rebajando las mayorías exigibles por la Ley de Sociedades de Capital y estableciendo una presunción de culpabilidad del deudor que se niega sin causa razonable a ejecutar un acuerdo de recapitalización.

3.5.7. RDL 1/2.015 de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

Este RDL tiene como objetivo, según la exposición de motivos, permitir que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso arriesgarse a nuevas iniciativas sin tener que arrastrar indefinidamente una

losa de deuda que nunca podrá satisfacer, en este objetivo radica su novedad. Dichas medidas se conciben también en un marco de varios años de crisis económica en el que se han afectado a muchos ciudadanos que han estado al borde de la exclusión social, por lo que se busca crear un sistema más solidario hacia la persona individual, y que supone una excepción al principio de derecho patrimonial regulado en el art. 1911 CC y se debe evitar que puedan beneficiarse conductas de deudores oportunistas y alterarse la cultura de pago. Según la exposición de motivos se busca recuperar a un deudor que por circunstancias que no puede controlar (sobreendeudamiento pasivo) se ha colocado en una situación de insolvencia, así mismo se implementan como consecuencia de las sugerencias vertidas por el Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional quienes sugieren que se regule con el objeto de servir de orientación a los países que están considerando incorporar un sistema de insolvencia personal. Está orientada a las personas físicas y no solo empresarios y se aplica tanto al deudor insolvente tras la liquidación de su patrimonio embargable como a los casos de insuficiencia de masa activa. La reforma pretende facilitar el inicio del procedimiento, y para ello implanta formularios normalizados de solicitud, de inventario y de lista de acreedores, que se determinarán mediante orden del Ministerio de Justicia.

Dentro de las reformas más importantes y controvertidas se puede mencionar que el notario promoverá las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, salvo que designe, si se estima conveniente un Mediador Concursal siendo que las actuaciones notariales o registrales contenidas en el artículo 233 LC, no devengarán retribución arancelaria alguna, ya que las notariales se limitan a la comprobación de la solicitud, la designación del

Mediador Concursal, cuando no asuma el notario la negociación y las comunicaciones oficiales al Juzgado Mercantil, Registro Civil y Registros de Bienes. Por otro lado, la modificación del art. 178 bis, en el cual se regula la exoneración provisional que concede la norma y que puede ser revocada, entre otras causas, si a lo largo de un plazo de 5 años mejorase sustancialmente la situación económica del deudor de manera que pudiera pagar todas sus deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos. Las críticas a esta reforma han sido varias y en el sentido de que realmente no se le está dando una segunda oportunidad al deudor al dejar abierta la posibilidad de volver a requerir al mismo si mejora su situación, con lo que algunos sostienen que el proceso sigue siendo *pro creditoris*²⁴³.

Se reforma el procedimiento para lograr un acuerdo extrajudicial de pagos tanto para personas físicas como empresarios. Se crean especialidades de régimen para el caso de deudor no empresario de manera que los notarios pueden conducir las negociaciones. Al iniciarse el expediente se produce una suspensión de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual por plazo máximo de tres meses, según el art. 242.1.8º LC, si no se logra el acuerdo, el notario instará el concurso del deudor que se abrirá directamente en fase de liquidación. Si el deudor es empresario lo hará el mediador concursal y será

²⁴³ Opinión de MATILDE CUENA CASAS, en el artículo “Un régimen de segunda oportunidad”, en Revista El Notario del siglo XXI, número 60, enero-marzo. 2015. En el mismo número RICARDO CABANAS TREJO. “No es broma, una nueva reforma concursal, y en los próximos meses tampoco será la última”. En Línea: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/4061-un-regimen-de-segunda-oportunidad>. Consultado el 1 de julio de 2105.

posible presentar una propuesta anticipada. Todo esto regulado en los artículos 242.1.8º, 242.1.10º, y 242.2.1º LC. La exoneración de deudas debe ser solicitada por el deudor a quien se le exige la característica que tiene que ser de buena fe, entendida como el hecho de que el deudor no es declarado culpable, ausencia de condena por determinados delitos, que haya intentado un acuerdo extrajudicial y que se den alguno de los estos presupuestos: 1. El deudor consigue pagar un umbral de pasivo mínimo: Todos los créditos contra la masa, privilegiados y no intentó el acuerdo extrajudicial, al menos el 25 % del pasivo ordinario; y, 2) O el deudor acepte someterse a un plan de pagos para pagar las deudas que no se exoneran, exigiéndose un plus de buena fe de no haber incumplido obligaciones colaboración de art. 42 LC, no haya obtenido este beneficio dentro de los 10 últimos años, no haya rechazado dentro de los 4 anteriores a la declaración del concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad, acepte que conste en el Registro Público Concursal durante 5 años que se acogió a un régimen de segunda oportunidad, lo que tiene como efecto negativo que puede ser excluido de financiamiento, con lo que se busca disuadir al deudor solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho.

El art. 78 bis 3 5º LC, introduce un régimen novedoso al conceder la segunda oportunidad al deudor tras el cumplimiento de un plan de pagos previsto en el apartado 6, ya que no se exige que el deudor abone en el momento una parte de sus deudas, sino que podrá hacerlo tras un período de 5 años. Se consideran como créditos exonerables: -Créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados. – El remanente que quede insatisfecho tras la ejecución de los créditos garantizados o prenda sin desplazamiento, sobre los

bienes y derechos hipotecados o pignorados, siempre que tal remante tenga la categoría de crédito ordinario o subordinado.

Los créditos no exonerables son aquellos contra la masa, privilegiados, el crédito público ordinario o extraordinario y los créditos de alimentos. Por otro lado, se incorpora la posibilidad de la paralización de la garantía real sobre la vivienda habitual del deudor, siendo dicho plazo de 3 meses si el deudor es empresario y 2 meses si es consumidor (art. 235.2 LC, 242 bis 1.8°).

En la reforma de estudio no se plantea técnicamente la “dación en pago”, como solución al sobreendeudamiento hipotecario. El deudor soportará el lanzamiento y posteriormente deberá cumplir con todos los requisitos legales y de conducta que se prevén en la nueva regulación de la LC.

Tras un periodo de 5 años se considerará la exoneración definitiva, y es cuando se ha satisfecho el umbral de pasivo mínimo, la exoneración es revocable si concurren las causas previstas en el art. 178 bis. 7 LC. Si no se ha satisfecho el pasivo exonerable el mismo deberá abonarse en el plazo de 5 años, salvo que algunas deudas tuvieran vencimiento posterior (art. 178 bis. 6). Durante ese período las deudas no devengan interés. Para cumplir el deudor debe presentar una propuesta de plan de pagos que debe ser aprobada por el Juez, salvo los créditos de derecho público a los que se les aplicará las normas específicas. Sin embargo, cualquier acreedor concursal podrá solicitar la revocación de la exoneración (art. 178 bis. 7 LC), durante los 5 años siguientes a su concesión si el deudor ha incurrido en alguna de las circunstancias contenidas en el art. 178 bis 3 LC, tales como si se hubiera impedido la concesión del beneficio; si el deudor incumple el plan de pagos; si se constata

la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultos y si el deudor mejorase sustancialmente su situación económica de forma que pueda pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones alimenticias.

Transcurridos los 5 años previsto para la revocación o cumplido el plan de pagos sin revocación del beneficio, a petición del deudor concursado, el Juez dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso, siendo que no cabe recurso alguno en contra de dicha resolución.

En resumen, esta reforma modifica el régimen de la exoneración de pasivo insatisfecho en el concurso y del acuerdo extrajudicial de pagos, en especial en relación a la persona natural no empresario, con una modalidad simplificada de expediente concursal de carácter notarial y de más fácil acceso para una liberación de deudas que no está vinculada a la satisfacción de un importe mínimo de su pasivo.

3.5.8. Ley 9/2.015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

Esta última reforma a la LC, relativos al convenio concursal, a la fase de liquidación, a la calificación del concurso, al acuerdo extrajudicial de pagos y a los acuerdos de refinanciación entre otros. Consta de único artículo dividido en cuatro partes.

En relación al convenio concursal se introducen medidas muy parecidas a las contenidas en la Ley 17/2014, en relación a la valoración de las garantías sobre las que recae el privilegio especial, modificando los artículos 90 y 94 de la LC. Se amplía el quórum de la junta de acreedores a algunos de ellos que no la tenían. Si las medidas adoptadas en materia de valoración de garantías deben conducir ya de por sí a la ampliación de dicho quórum, también deberán hacerlo las medidas que reconocen derecho de voto en general a los acreedores que hubiesen adquirido sus derechos de crédito con posterioridad a la declaración de concurso, exceptuando siempre a los que tengan una vinculación especial con el deudor. Hasta este momento solo se reconocía ese derecho de voto cuando la adquisición hubiese sido a título universal, como consecuencia de una realización forzosa, o, a partir de 2012, cuando se tratase de entidades financieras sujetas supervisión. En el art. 100 LC, se introducen determinadas previsiones adicionales respecto del convenio en el artículo 100.

Otro aspecto que se reforma es el de las votaciones y mayorías en el convenio y a la ampliación de la capacidad de arrastre de los acreedores disidentes en determinadas circunstancias.

Lo más novedoso de esta reforma es el nuevo artículo 134.3 sobre determinados créditos con privilegio general o especial, incluso en la parte cubierta por el valor de la garantía y se exige un doble requisito para ello, además de unas mayorías aún más reforzadas, que el acuerdo sea adoptado por acreedores de la misma clase, introduciéndose por primera vez esta consideración que ya tiene precedentes en el derecho comparado y en los

acuerdos preconcursales de la disposición adicional cuarta que afectan a los acreedores de pasivos financieros.

Por último se resalta que se introducen determinadas especialidades sobre la insolvencia de empresas concesionarias de obras y servicios públicos, o contratistas de las Administraciones Públicas. Y en materia de liquidación se modifican algunos preceptos del Capítulo II del título V de la LC, para facilitar el desarrollo de esta fase de procedimiento concursal, lo que se trata es conservar la continuación de la actividad de la empresa, facilitando la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas. En cuanto a los acuerdos de refinanciación se incluyen algunas modificaciones para aclarar determinadas dudas que se han planteado en su aplicación práctica.

3.5.9. Ley 25/2.015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Esta Ley, constituye la convalidación del RDL 1/2.015 de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, ya que tiene los mismos objetivos según se desprende de la exposición de motivos, es decir tal y como se desprende de su denominación, que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer.

En términos generales, se regulan los siguientes aspectos:

-Flexibilización de acuerdos extrajudiciales de pago (art. De la Ley 25/2.015 y arts. 231 a 242 bis LC)

-Régimen de exoneración de deudas para el deudor persona natural (art. A Ley 25/2.015 y art. 178 bis LC).

-Para el caso de exceso de deudas, plan de pagos a 5 años (Art. 1 Ley 25/2.015 y art. 178 bis LC)

-Retribución de administradores concursales y garantía arancelaria (art. 1 Ley 25/2.015 y arts. 34, 34 bis, 34 ter, 34 quater LC).

-Flexibiliza los criterios que dan acceso al Código de buenas prácticas para deudores hipotecarios (art. 2 Ley 25/2.015 y arts.3 y 5 RDL 6/2.012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos);

-Suspensión de lanzamientos (art. 3 Ley 25/2.015 y art. 1 Ley 1/2.013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social): Se extiende hasta 2017 el periodo de suspensión de lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables;

-Modificaciones fiscales (art. 4 Ley 25/2.015 y art. 81 bis y Disposiciones 40, 2 y 3 Ley 35/2.006 y art. 7 Ley 25/2.015 y art. 124 Ley 27/2.014);

-Nuevo incentivo para la creación de empleo estable (art. 8 Ley 25/2.015);

-Conciliación familiar de autónomos (art. 9 Ley 25/2.015 y art. 30 Ley 20/2.007);

-Exención de tasas judiciales y empleados públicos (art. 10 Ley 25/2.015 y art. 4 Ley 10/2.012; arts. 5 y 6 Ley 25/2.015 y art. 35.1 y Disposición Adicional 13 Ley 7/2.007; art. 12 RDL 20/2.012). Se pone punto final al pago de las tasas fijas personas de hasta 1.200 euros y también a la cuantía variable en relación a la capacidad económica real de los ciudadanos. La exención de tasas se introduce en la Ley de Tasas desde la modificación operada por el RDL 1/2.015, de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Capítulo IV

Procesos de ejecución colectiva en Guatemala.

4.1. Introducción.

4.2. Antecedentes históricos de la actual legislación en materia de ejecución colectiva.

4.2.1. La época colonial.

4.2.2. Desde la independencia del Reino Español.

4.2.3. El Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil (Decreto Gubernativo 2.009) de 1.934.

4.2.4. Código de Comercio de 1.942 (Decreto número 2946 del Presidente de la República, Jorge Ubico).

4.3. El Código de Comercio vigente en la actualidad (Decreto 2-70) del Congreso de la República de Guatemala.

4.4. Regulación actual de los concursos de acreedores y de la quiebra en Guatemala.

4.5. Los principios generales del proceso de ejecución colectiva.

4.5.1. Universal.

4.5.2. Intervivos.

4.5.3. Atractivo, fuero de atracción (*vis attractiva*).

4.5.4. Mixto declarativo y ejecutivo (*sui generis*).

4.5.5. El principio de la "*par conditio creditorum*".

4.6. El concurso voluntario de acreedores.

4.6.1. Conceptualización.

4.6.2. Regulación.

4.6.3. Presupuestos.

4.6.3.1. Presupuesto subjetivo.

4.6.3.2. Presupuesto objetivo.

4.6.3.2.1. Que el deudor, haya suspendido o esté próximo a suspender el pago corriente de sus obligaciones.

4.6.3.2.2. Cuando hubieren sido declarados en quiebra, siempre que ésta no haya sido calificada judicialmente de fraudulenta o culpable.

4.7. El concurso necesario de acreedores.

4.7.1. Conceptualización.

4.7.2. Regulación Legal.

4.7.3. Presupuestos.

4.7.3.1. Presupuesto subjetivo.

4.7.3.2. Presupuesto objetivo.

4.7.3.2.2. Cuando ha sido rechazado por los acreedores o desaprobado judicialmente el convenio previo propuesto por el deudor.

4.7.3.2.2. Cuando hay tres o más ejecuciones pendientes contra el mismo deudor y no hubiere bienes suficientes y libres para cubrir las cantidades que se reclaman.

4.8. La quiebra.

4.8.1. Conceptualización.

4.8.2. Regulación legal.

4.8.3. Presupuestos.

4.8.3.1. Presupuesto subjetivo.

4.8.3.2. Presupuesto objetivo.

CAPITULO IV.

Procesos de ejecución colectiva en Guatemala.

4.1. Introducción.

En esta última parte el trabajo, dividida en dos capítulos, se desarrollará en primer término, la situación histórica de las quiebras en Guatemala, así como también se analizará en forma integral la legislación vigente, para establecer los problemas existentes en su aplicación y de esta manera contrarrestar las posibles contradicciones entre las mismas y de estas con la práctica, con el objetivo principal de recomendar el posible camino para una reforma integral, basado en la experiencia de España y su respectiva legislación concursal, que ha sido estudiada en capítulos anteriores. Dichas normas han sido de influencia directa hacia Guatemala, desde la época colonial, así como también para los demás países en Latinoamérica, tomando en consideración las prácticas internacionales que surgen de un mundo cada vez más globalizado, de cuya adaptación a la materia ha escapado la legislación guatemalteca.

En este sentido, para una mejor comprensión del tema debemos definir como es en la actualidad del derecho concursal en Guatemala, de lo que tenemos que existen normativa procesal, normativa penal, normativa específica para bancos e instituciones financieras. Sin embargo, no se cuenta con normativa sustantiva que defina los conceptos básicos para una correcta

aplicación de los procesos, siendo un vacío que ha mermado la confianza en estos procesos y cuya problemática se estudiará más a fondo en otro capítulo.

Por otro lado, no existe un cuerpo normativo específico en relación a los concursos de acreedores, la temática se encuentra en artículos y leyes dispersas, pero el proceso principal está desarrollado dentro de los procesos de ejecución regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil que entro en vigencia a partir del 1º de julio de 1964, Decreto-Ley 107, promulgado por el Jefe de Gobierno Enrique Peralta Azurdia; se identifica como “EJECUCIÓN COLECTIVA”, según se puede ver en el título V, del libro III, y se subdivide en CONCURSO VOLUNTARIO DE ACREEDORES, CONCURSO NECESARIO DE ACREEDORES Y LA QUIEBRA, del artículo 347 al 400, y es importante resaltar que dentro del articulado no se hace distinción en relación a la persona del deudor, es decir, pueden ser personas físicas o empresas, ni tampoco se hace distinción en cuanto a la naturaleza de la deuda.

En la actualidad se le denomina en forma general a esta clase de procesos como “concurso de acreedores” o “proceso de insolvencia”, entre otras, sin embargo como se dijo antes, en Guatemala legalmente se le denomina como ejecución colectiva, debiendo entenderse como tal, según el propio sentido de las palabras la ejecución como: “El hacer efectivo un mandato jurídico, sea el contenido en la Ley, en la sentencia definitiva o en alguna otra resolución judicial o mandato concreto” ²⁴⁴. Se califica pues como una clase más dentro de los procesos de ejecución que es entendido como el

²⁴⁴ PALLARES, E., “Diccionario de Derecho Procesal Civil”, Ed. Porrúa, México, 1976. P. 307.

derecho que ya se encuentra declarado y lo que se busca es la “ejecución o cumplimiento”.

Y en relación a la definición de colectivo, nos debemos remitir al Diccionario de la Real Academia Española que lo define como: “Perteneiente o relativo a una agrupación de individuos”, y como: “Que tiene virtud de recoger o reunir”. Dentro del contexto que se estudia se entiende por ejecución colectiva el hacer efectivo un mandato jurídico, como lo es el cumplimiento de las obligaciones contraídas a favor de todos los acreedores, reunidos en una sola acción. Estas definiciones hacen inferir una comparativa dentro del Código Procesal Civil y Mercantil vigente, en el que se hace referencia dentro de los procesos de ejecución a la ejecución individual que se refiera a un solo acreedor en contra de un deudor y por otro lado, a la ejecución colectiva, motivo de estudio en la presente tesis, en el que se involucran varios acreedores en contra de un deudor²⁴⁵. Sin embargo, algunos autores sostienen que uno solo de los acreedores podría iniciar un proceso de ejecución colectiva a favor de todos los demás acreedores²⁴⁶.

²⁴⁵ En la doctrina se conoce una clasificación más extensa en relación a las ejecuciones, como podrían ser: Ejecuciones voluntarias, ejecuciones forzosas, ejecuciones individuales, ejecuciones provisionales, ejecuciones definitivas, sin embargo en la legislación guatemalteca se parte de la división general entre ejecución individual y ejecución colectiva. Ver: WONG PINEDA, A., "La quiebra, su regulación y las figuras delictivas que con ella se relacionan". Tesis para obtención de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 1982.

²⁴⁶ PALLARES, E., *op. cit.*, p. 308.

Estas situaciones hacen que el presupuesto subjetivo este definido de una manera tácita y general para cada uno de los procesos antes enunciados, sin embargo, no sucede lo mismo con el presupuesto objetivo, que surge de manera distinta en cada uno de los procedimientos y manteniendo una tendencia liquidativa y no conservativa. En este sentido, la ejecución colectiva en Guatemala, tiene un matiz puramente sancionador que está muy ligado a castigar al deudor sin propiciar la conservación y continuación de la empresa ante las crisis empresariales, motivo por el cual carece de efectividad práctica y que como se verá más adelante requiere de una reforma intensa, profunda, meditada y acorde a las demás legislaciones del entorno americano y europeo en la materia.

Esta situación es notoria en el hecho de que el proceso de ejecución colectiva tiene por objeto proporcionar a los acreedores los caminos para hacer efectivos sus derechos sobre el patrimonio del deudor, en el momento en que éste no cumpla con sus obligaciones, es decir que el enfoque es sobre los bienes directamente del deudor sin ver antes una posible conciliación entre el cumplimiento y la realización de los bienes.

4.2. Antecedentes históricos de la actual legislación en materia de ejecución colectiva.

4.2.1. La época colonial.

Guatemala, al igual que en otros territorios conquistados por España, la vida jurídica estaba regulada por la Recopilación de las Indias, y en defecto de ella la de Castilla y de las Siete partidas, que tuvieron vigencia después de la conquista y antes de que se dictara la Real Cédula de 1793, con la que se creó el Consulado de Comercio de Guatemala, y se resolvió que todo se regiría por las Ordenanzas de Bilbao que datan desde 1839, que en ese entonces era el de mayor aceptación en la metrópoli. Dentro del contenido de la Real Cédula se puede mencionar la separación de la justicia mercantil, de los tribunales comunes, reservado a Jueces especiales el conocimiento de los negocios del comercio dándole leyes propias ya adecuadas a la naturaleza mercantil y comercial²⁴⁷.

4.2.2. Desde la independencia del Reino Español.

Al propiciarse la independencia política de los países centroamericanos de la Colonia Española, en cuanto a su legislación, continuaron vigentes las leyes de España por algunos años más. En Guatemala, el primer intento de desligar la legislación propia a la española y modernizar la Ley, se dio durante el gobierno del Presidente Mariano Gálvez, durante los años de 1.831 y 1.837,

²⁴⁷ WONG PINEDA, A., *op.cit.*, p.44.

quien sustituyó dichas leyes por los “Códigos de Livingston”, que atribuyen su nombre a que fueron redactadas por el Jurista EDUARDO LIVINGSTON, para el Estado de Luisiana, Estados Unidos, las que tuvieron muy poco tiempo de vigencia, siendo que al cambiar el Gobierno y entrar Rafael Carrera, se retomó la aplicación de la legislación española, regresando a la institución del consulado de comercio, con algunas variantes a lo antes regulado, y a pesar de haberse impulsado temporalmente dicha aplicación tardó hasta la renovación legislativa impulsada por la Revolución de 1.871.

El primer Código de Comercio en Guatemala surgió en el entorno de la promulgación de nuevos Códigos durante el año de 1.877, el cual fue emitido mediante Decreto Gubernativo número 191, del 20 de julio de 1.877, y en su redacción se tomaron en cuenta básicamente los Códigos Español y Francés, así como algunas legislaciones latinoamericanas entre ellas México y Chile, siendo bajo este contexto y las influencias antes relacionadas que surge la regulación en materia de quiebras. Y en ese sentido, se puede decir que el presupuesto objetivo de la quiebra se entendía, al tenor de lo que se desprende del proyecto y Exposición de Motivos de la ley antes relacionada, como: *“El estado del comerciante que cesa en el pago corriente de sus obligaciones. El hecho material de la cesación de pagos, estimado jurídicamente, es el signo característico de la pérdida absoluta del crédito que causa necesariamente la muerte comercial de una persona”*. Relacionado con el concepto antes descrito en el artículo 1.198 de la ley antes citada, se regulaba una idea que termina de aclararnos el fundamento de la quiebra de la época: *“La quiebra es un estado indivisible y por consiguiente abraza la universalidad de los bienes y deudas del*

fallido". Así pues, al analizar la conceptualización antes relacionada se puede observar que la tendencia era la misma que la española de la época basada en las manifestaciones externas de la insolvencia para declarar la quiebra, relacionada también con la tendencia liquidativa que se manifiesta al mencionarse incluso de una muerte comercial, dejando de manifiesto lo impensable que era en la época la consideración de la conservación de la empresa y todos los principios que fueron desarrollándose en otras legislaciones como la francesa, la italiana o la española.

Se contemplaba en el proyecto tres clases de quiebra: La fortuita, la culpable y la fraudulenta, a la que algunos autores agregaban la suspensión de pagos, pero al no considerarse como una verdadera quiebra, el proyecto la excluyó de la clasificación debido a la temporalidad que representaba la falta momentánea de liquidez, considerando que esta es una situación muy diferente a la de un quebrado, a quien como vimos anteriormente, se le llegaba a considerar un "muerto", comercialmente hablando.

Para entender la esencia de este proyecto, que si bien es cierto era pionero en la época, contenía procedimientos que estaban enfocados a obligar al deudor a manifestar con la debida antelación que suspendería o cesaría en el pago de sus obligaciones, y si no lo hacía los acreedores tenían la facultad de pedirlo ante el juez, situaciones que se parecen a las regulaciones actuales. Sin embargo y como se dijo antes, el bien jurídico tutelado era en primer término el interés de la sociedad y de los acreedores, asegurando a la persona del fallido sobre el que, en la generalidad de los casos pesaba una presunción

de culpabilidad, y sobre esta base, desde el principio del procedimiento se le restringía de la libertad, a pesar que dentro del procedimiento de quiebras sí que conservaba su derecho de contradecir a lo demandado con pruebas de descarga, y en ocasiones se le otorgaba de parte del juez del concurso una fianza a favor de la masa del concurso, por una cantidad determinada. Lo que buscaba la Ley era conciliar los intereses de todos y evitar que al fallido de buena fe, el bochorno y las molestias de una detención en la cárcel pública.

Esto era lo que concierne al presente estudio del contenido del Código de Comercio de 1877, Decreto Gubernativo número 191, de 20 de julio. Sin embargo, se regulaban muchísimas cuestiones procedimentales tales como las juntas generales, los síndicos, la graduación y el pago de acreedores, o cuestiones relativas al convenio entre los acreedores y el quebrado. Pero al igual que en la legislación actual se carecía de sustantividad y el enfoque estaba más destinado a establecer mecanismos para el cobro de las acreedurías y mecanismos para asegurar a la persona y a los bienes del deudor dentro del procedimiento.

4.2.3. Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil, Decreto Gubernativo 2009 de 1.934.

Éste código surge en el marco de una situación de crisis económica en todo el mundo, y dentro de sus motivaciones estaba la de la inestabilidad de los valores, la restricción del medio circulante y de la capacidad adquisitiva, por lo

que se estimaba necesario regular la insolvencia, y se hizo por primera vez un régimen de suspensión de pagos conocido como concurso, que podía ser voluntario o forzoso, siendo en este último caso procedente la declaratoria de quiebra, regulando cuestiones puramente procesales.

4.2.4. Código de Comercio de 1.942, Decreto número 2946 del Presidente de la República, Jorge Ubico.

El Código de Comercio de 1.942 fue diseñado con una sistematización mejorada al contenido del Código de Comercio 1877, que continuo vigente con algunas modificaciones y lo que se buscaba era concentrar en un mismo cuerpo varias leyes que en ese entonces estaban dispersas, así como también acoplar la legislación guatemalteca al contenido de las convenciones internacionales en materia de letra de cambio, pagaré y cheque. En estas nuevas reformas también se hace referencia a que en el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil, Decreto Legislativo 2.009, del 15 de septiembre de 1.934, se modificó el procedimiento tanto en los concursos voluntarios como forzosos.

De esta manera, en relación a quiebras, el Código de Comercio lo reguló según el esquema que sigue:

“ Libro IV De las Quiebras

Título I. De la Quiebra en General

Capítulo I Disposiciones Generales

Capítulo II De los Efectos de la Cesación de Pagos.

Capítulo III. Clasificación de la Quiebra

Capítulo IV. De los Síndicos y de los Depositarios.

Título II De la reivindicación, rescisión y retención en los casos de quiebra.

Título III. De la graduación y pago de los acreedores

*Título IV. Del Convenio entre los Acreedores y el Quebrado*²⁴⁸.

Todo lo demás en relación a la materia estaría regulado por el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil.

4.3. Código de Comercio vigente en la actualidad, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

En el año de 1970, entró en vigor el actual Código de Comercio en Guatemala (Decreto 2-70), que paso a derogar el Código de Comercio relacionado en el apartado anterior, con lo que se suprimieron las pocas normas que en materia sustantiva se tenían en relación a la quiebra. Desde esa fecha hasta hoy, solamente se ha tenido la parte adjetiva contenida en forma de Ejecuciones Colectivas en el Código Procesal Civil y Mercantil Vigente, que veremos en el apartado que sigue. Sin embargo, se ha tenido conocimiento de intentos de crear una Ley de Quiebras, pero no ha habido voluntad política de impulsar una legislación adecuada, a pesar de tener

²⁴⁸ Código de Comercio, Decreto Legislativo número 2946. Publicación oficial de su tercera edición. Guatemala. 1944. p. 226.

ejemplos cercanos de regulación en la materia²⁴⁹, así como también propuestas concretas tales como las que se hicieron en Colombia durante el II Congreso de Derecho Procesal que tuvo lugar en Medellín del 26 de noviembre al 1º. De diciembre de 1979, durante el cual se propugnaba que todos los aspectos relativos a la quiebra debían de estar regulados por un solo estatuto²⁵⁰.

Por otro lado, la inaplicación del procedimiento de ejecución colectiva también está ligado a esta falta de sustantivación, ya que al momento de hacer alguna valoración relacionada con instituciones de derecho concursal el juez no tiene la suficiente fundamentación para calificar determinados actos, como sucede por ejemplo en la calificación de la quiebra hecha por la Junta de acreedores o con base en el informe presentado por la Comisión Revisora o el Síndico, en cuyos casos no existe una base legalmente preestablecida lo que afecta en el aspecto penal de la calificación ya que no existen fundamentos para calificar los delitos establecidos en el Código Penal, lo que provoca inseguridad jurídica y que en muchos casos es susceptible de vulneración de los derechos de los deudores sindicados. Por ello, se asume que los legisladores en aquella época al derogar el Código de Comercio de 1.942, y

²⁴⁹ En relación a crear una ley independiente ya se ha venido hablando entre los jurisconsultos, para seguir con las influencias de legislaciones cercanas como la Mexicana que tuvo una Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 31 de diciembre de 1942, y que recientemente la ha modificado en el año 2000, con la Ley de Concursos Mercantiles.

²⁵⁰ AGUIRRE GODOY, M., "Derecho procesal civil de Guatemala", Tomo II, Volumen 1º. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 2000. p. 357.

dejar sin fundamento sustantivo las cuestiones relacionadas con la quiebra, debieron de haber dictado un nuevo cuerpo legal especializado, tomando en cuenta como se dijo anteriormente las tendencias de la época a crear leyes de quiebras o de Concursos de acreedores, de otro modo no tiene sentido dejar solamente cuestiones procesales vigentes, lo que se reafirma con lo expresado por Mario Aguirre Godoy: *“Tanto los concursos como la quiebra constituyen verdaderos procesos de ejecución colectiva y su ubicación en el Código Procesal es correcta. Podrá regularse en otros cuerpos de leyes aspectos sustantivos, tanto mercantiles como civiles e incluso penales, pero esto sucede igual con otras instituciones jurídicas”*²⁵¹. Por este motivo, cuando se emitió el Decreto 2-70 del Congreso se dejó un gran vacío en la legislación, debido a que, los aspectos sustantivos de la quiebra se encontraban en los artículos 1320 al 1326 del anterior Código de Comercio, Decreto Gubernativo 2946, que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1970, por lo que la solución actual tal y como lo busca fundamentar esta tesis será la elaboración por el Congreso de la República de Guatemala de un decreto específico sobre quiebras, que contemple de una manera integral, los principios fundamentales de los concursos de acreedores, y una normativa clara sustantiva y procesal.

²⁵¹ *ibíd.* p., 358.

4.4. Regulación actual de los concursos de acreedores y de la quiebra en Guatemala.

Como se ha dicho anteriormente en la actualidad los procesos ejecutivos colectivos están regulados en el Título V del Libro III del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, que entro en vigencia el 1 de Julio de 1964, y se desarrolla en tres capítulos: Capítulo I Concurso Voluntario de Acreedores de los artículos 347 al 370; Capítulo II Concurso Necesario de Acreedores de los artículos 371 al 378; Capítulo III Quiebra de los artículos 379 a 397; y Capítulo IV Rehabilitación, de los artículos 398 a 400.

En relación a la naturaleza jurídica del proceso es variada, debido a que la regulación se encuentra dispersa tanto en el Código de Comercio como en los Códigos Civiles, Procesales o Penales en cuanto a la tipificación de los delitos que se originan de la insolvencia y de la quiebra, lo que hace que se geste un procedimiento que no pertenece a la jurisdicción contenciosa como tampoco a la voluntaria, con una naturaleza especial, debido a que no hay partes litigantes más que en los incidentes surgidos al margen del procedimiento principal²⁵². Por lo tanto, la normativa vigente en Guatemala se relaciona solamente a los procesos de ejecución colectiva que comprenden el concurso voluntario de acreedores, el concurso necesario de acreedores y la quiebra que se estudiarán más adelante.

²⁵² GARRIGUES, J., "Curso de derecho mercantil", Tomo II, Imprenta Aguirre, Madrid, 1974. pp. 374 y ss.

4.5. Los principios generales del proceso de ejecución colectiva.

La ejecución colectiva es un proceso que para su funcionamiento está basado en principios generales que enmarcan y delimitan el campo sobre el que es aplicable y que son cuestiones doctrinales que hacen efectiva la aplicación de las normas, entre ellas se pueden nombrar que es un proceso universal, intervivos, atractivo, mixto declarativo y ejecutivo en el que se aplica también el principio de la *par conditio creditorum*. Es importante para comprender los alcances estudiar cada uno de estos en particular por lo que se desarrollan uno a uno a continuación.

4.5.1. Universal.

Es universal debido a que el objeto mismo de la ejecución es un patrimonio, el del deudor, que comprende la totalidad de sus bienes, con ciertas excepciones, el cual será distribuido en la forma que establece la ley para el pago de lo adeudado a los acreedores. En este caso la premisa es que el patrimonio del deudor es la garantía común de los acreedores y se considera la posibilidad de que la acción individual de los acreedores se acumule en su totalidad o casi completamente dicho patrimonio haciendo ilusorios los derechos de los acreedores cuyos créditos aún no están satisfechos. En estos casos, en los cuales se presenta el peligro de ejecuciones individuales que consuman el activo de un deudor, sin que esté cubierto totalmente su pasivo,

las leyes establecen esta clase de procedimientos que por su naturaleza se han llamado colectivos.

4.5.2. Intervivos.

Se le denomina Intervivos, porque tiene por objeto el patrimonio de una persona existente, y a pesar de que pueden haber abintestatos y testamentarias concursados, el hecho de la muerte del causante será origen de aquellos juicios, más no del concurso que se hubiere podido producir sin el fallecimiento.

4.5.3. Atractivo, fuero de atracción (*vis attractiva*).

Es atractivo porque a él se acumulan otros, y surge lo que es llamado como el fuero de atracción, que consiste que al poner en juego la totalidad de un patrimonio, atraen al Juzgado donde se tramitan, si bien con algunas excepciones, todas las acciones patrimoniales que hubiera contra el quebrado, concursado respectivamente²⁵³. Sin embargo, es importante ver lo que en la doctrina se dice al respecto ya que se hace la distinción entre acciones personales pasivas, que consisten en que el concursado es deudor de una obligación, y no representa dificultad alguna; las acciones personales activas,

²⁵³ OSORIO M., "Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales". Ed. Heliasta, SRL., Buenos Aires, Argentina. 1987, pp. 65.

en la que el concursado es titular de un crédito, en cuyo caso se tramitan ante el lugar convenido, o en su defecto ante el domicilio del demandado; y, acciones reales, en cuyo caso se aplican las disposiciones generales de la competencia, es decir que el proceso se tramitará ante un juzgado del lugar en donde se encuentre ubicado el inmueble.

4.5.4. Mixto declarativo y ejecutivo (*sui generis*).

Se considera *sui generis*, debido a que se entiende que la quiebra debe de ser considerada como un sistema procesal unitario, que tiene los aspectos de juicio de conocimiento y de ejecución, lo que lo hace mixto y ejecutivo y le hace ser diferente y difícil de encajar en alguna de las clasificaciones clásicas de procesos que distingue entre los juicios ejecutivos y de conocimiento²⁵⁴. Por lo tanto, no se trata de un proceso de ejecución corriente con pluralidad de partes, sino un proceso de jurisdicción contenciosa en su totalidad, preponderantemente de ejecución o realización coactiva, concursal y colectivo, de carácter universal respecto a los acreedores y al patrimonio embargable del quebrado, con una fase de declaración constitutiva y posteriores aspectos de

²⁵⁴ Comparte este punto de vista: ASCARELLI, T. "Derecho Mercantil", Traducción de Felipe de J. Tena, notas al Derecho Mexicano por Joaquín Rodríguez Rodríguez. Ed. Porrúa Hnos. y Cía. México, D.F. 1940, pp. 703, y 704.

condena y de administración judicial, y por lo tanto un proceso mixto y *sui generis*²⁵⁵.

4.5.5. El principio de la “*par conditio creditorum*”.

Significa en la legislación que los acreedores se encuentran en un mismo plano de igualdad sin más preferencias entre ellos que la prelación de créditos establecida por la ley o los derechos reales de garantía. Con este fin se suspenden las ejecuciones individuales, se desapodera al deudor de sus bienes, se procede a la liquidación del haber del deudor y el producto obtenido de su venta se distribuye entre los acreedores que hubieren justificado sus créditos, en proporción a su importe y tomando en cuenta los privilegios que puedan existir.

4.6. Concurso voluntario de acreedores.

4.6.1. Conceptualización.

El concurso voluntario de acreedores está definido doctrinalmente como un proceso preventivo y es considerado como un juicio promovido por el propio

²⁵⁵ DEVIS ECHANDIA, H., “Trabajo presentado al II Congreso colombiano de Derecho Procesal”, VVAA, Temas de Derecho Procesal, Ed. Jurídica Radar, 1983. Santafé de Bogotá, Colombia. p. 91 y 92.

deudor como una facultad, quien se presenta al juez espontáneamente, cuando no puede satisfacer a sus acreedores sus respectivos créditos, para liberarse de sus reclamaciones, bien prestando o haciendo cesión a favor de éstos, de todos los bienes que le pertenecen, para que judicialmente se les haga pago en cuanto alcance el importe, bien pidiendo esperas o quitas de sus deudas para poder atenderlas en cuanto le es posible²⁵⁶.

Se puede decir como consecuencia, que es un juicio universal y al mismo tiempo es un procedimiento de ejecución que tiene como objetivo de parte del deudor evitar la serie de acciones que cada uno de sus acreedores puede llegar a iniciar en contra de él, y a través del mismo. Los acreedores pueden llegar a percibir el importe de sus créditos, mediante el procedimiento colectivo que les defiende y les garantiza de alguna forma el pago pendiente. Básicamente, en la celebración de convenio que se busca y que da paso al concurso voluntario, todos los intervinientes actúan de buena fe y hacen notar su deseo de llegar a acuerdo, cuando el deudor ha declarado su estado de insolvencia, ha suspendido el pago de sus obligaciones o está próximo a hacerlo, y unido a este principio de buena fe se le suma el de la voluntad del deudor por llegar a algún acuerdo.

La normativa guatemalteca no desarrolla todos los aspectos del convenio, pero establece que el mismo puede versar sobre:

- a) Forma de cesión de bienes;

²⁵⁶ PALLARES, E., "Diccionario de Derecho Procesal Civil", Ed. Porrúa, México, 1976. p. 170, 171.

- b) La administración total o parcial del activo del deudor, ya sea que ésta se haga directamente por los acreedores o bien por el mismo deudor con la intervención nombrada de sus acreedores; y
- c) Sobre las esperas o quitas, o ambas concesiones a la vez²⁵⁷.

En el Código Procesal Civil y Mercantil no se hace referencia a la clase de convenio dentro del concurso voluntario de acreedores, sin embargo doctrinalmente pueden dividirse en:

- a. Extra concursales, que se celebran antes de la declaración de la quiebra, y pueden ser a su vez:
 - 1. Judiciales
 - 2. Extrajudiciales.
- b. Concuriales, que se celebran después de la declaración de quiebra, y que pueden ser a su vez:
 - 1. Judiciales;
 - 2. Extrajudiciales²⁵⁸.

Y las clasificaciones de judiciales y extrajudiciales se refieren a la forma de celebración de los convenios, es decir, si estos se realizan en presencia del

²⁵⁷ BONILLA, M., "Estudio y análisis de la legislación guatemalteca en los procesos de ejecución colectiva, concurso voluntario de acreedores, concurso necesario de acreedores y quiebra y el Proceso de disolución y consecuente liquidación de Sociedades Mercantiles", preparado para Banco Interamericano de Desarrollo y Fundación para el Desarrollo de Guatemala. 2010.

²⁵⁸ ASCARRELLI, T., *op. cit.*, pp. 771 al 773.

juez o sin ella. Por otro lado dentro del contenido es importante mencionar la quita y la espera, que constituyen las posibilidades de contenido de los convenios siendo que pueden concurrir ambos dentro del mismo convenio, teniendo la quita tiene efecto remisorio y la espera efecto dilatorio.

En la legislación guatemalteca, aunque no se establece tácitamente esta clasificación resulta válida, sin embargo con algunos matices como por ejemplo, que ambas formas de concursos están contempladas dentro del procedimiento de ejecución colectiva y que la propia celebración del convenio entre el deudor y los acreedores da paso al inicio de un trámite o procedimiento, así como también el hecho de que los convenios concursales sean judiciales o extrajudiciales.

4.6.2. Regulación.

El concurso voluntario de acreedores está regulada en Título V, capítulo II del artículo 347 al 370 del Código Procesal Civil de Guatemala, y el artículo 347 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala refiere la definición de lo que es el concurso voluntario de acreedores así: *“Las personas naturales o jurídicas, sean o no comerciantes, que hayan suspendido o estén próximas a suspender el pago corriente de sus obligaciones, podrán proponer a sus acreedores la celebración de un convenio. Podrán hacerlo también, aun cuando hubiera sido declaradas en quiebra, siempre que ésta no haya sido calificada judicialmente de fraudulenta o culpable”*. De este fragmento se

desprende que se maneja de parte de la legislación guatemalteca lo más parecido a lo que es una suspensión de pagos en el supuesto no solamente de que haya sucedido, sino también la previsión que pueda presentarse en el futuro. No es preciso que el deudor esté en estado de quiebra o que su pasivo exceda de tal manera el activo que no pueda cumplir en forma absoluta con sus obligaciones crediticias²⁵⁹. La finalidad de esta clase de proceso es el de lograr un convenio con los acreedores y de esta forma cumplir con el pago respectivo de las deudas. Dicho convenio según lo que regula el artículo 348 del CPCyM, puede versar: 1°. Sobre cesión de bienes; 2°. Sobre administración total o parcial del activo por los acreedores, o por el deudor, bajo la intervención nombrada por ellos; y, 3°. Sobre esperas o quitas, o ambas concesiones a la vez, y puede ser judicial o extrajudicial. En el último caso el mismo debe concurrir con el acuerdo de todos los interesados y que se celebre en escritura pública.

La solicitud del convenio judicial antes referido según el artículo 350 del CPCyM, debe cumplir con las formalidades generales establecidas para los primeros escritos o memoriales regulados en el artículo 61 de la misma ley, y el contenido debe de ser el siguiente:

1. Causas de la suspensión o cesación de pagos.
2. Origen y monto de cada deuda, fecha de su vencimiento, garantía y condiciones, si las hubiere.

²⁵⁹ AGUIRRE GODOY, M., *op. cit.*, p. 364.

3. Proyecto del convenio, al cual se adjuntará el balance general de los negocios, firmado por el deudor y por la persona encargada de llevar la contabilidad.
4. La nómina de los acreedores, con indicación del domicilio de cada uno de ellos o de sus respectivos representantes legales.
5. Dos copias de la solicitud y documentos anexos, una de las cuales quedará en el Tribunal, y la otra se entregará a la comisión revisora.

Ante la solicitud antes enunciada y previa comprobación del cumplimiento de los requisitos, el Juez dicta un auto en el que se declara el estado de concurso y se debe pronunciar al tenor del artículo 351 del CPCyM, respecto de:

1. Orden de que se oficie a los tribunales donde existieren ejecuciones pendientes contra el que solicitó el convenio, haciéndoseles saber la presentación del proyecto respectivo, para que suspendan aquéllas en que aún no se hubiere verificado el remate; excepto las que hubieren sido promovidas por créditos hipotecarios o prendarios o en ejecución de sentencias sobre pago de alimentos.
2. Nombramiento de una comisión revisora, compuesta de una persona que elegirá el juez, dentro de la lista que para ese efecto le haya comunicado el Ministerio de Economía, y de dos de los principales acreedores del proponente del convenio. Si el proponente fuere un banco, empresa de seguros o de fianzas, la comisión revisora será integrada con un representante de la Superintendencia de Bancos y dos de los principales acreedores.

3. Nombramiento de un depositario provisional, que intervenga en las operaciones del deudor y deposite en uno de los bancos nacionales, la parte libre de las entradas, deducidos los gastos ordinarios del negocio y los de alimentación del deudor y su familia.
4. Orden de publicar este auto por tres veces en el término de quince días, en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación.

Como se puede observar a pesar de tratarse de un concurso voluntario el trámite es bastante engorroso, teniendo en cuenta que solamente hemos descrito los primeros pasos del procedimiento, ya que el mismo se extiende por otros más que solamente se relacionan en sus títulos y no se desarrollan para no salir del objetivo de la investigación concentrada en el presupuesto objetivo, pero posteriormente el proceso se extiende a esperar el dictamen de la Comisión Revisora, la Junta de Acreedores, aprobación del convenio, o la impugnación del mismo, sin tener en cuenta las posibles incidencias que pueden ir surgiendo en cada etapa del procedimiento.

4.6.3. Presupuestos.

4.6.3.1. Presupuesto subjetivo.

Está conformado de un lado por los acreedores y por el otro, el deudor quien puede ser persona natural o jurídica, comerciante o no comerciante, cuyo requisito para este caso concreto es que haya suspendido o esté próximo a

suspender el pago corriente de sus obligaciones. Con otro matiz, también puede ser parte el deudor declarado en quiebra, mientras la misma no haya sido declarada fraudulenta o culpable.

4.6.3.2. Presupuesto objetivo.

Como se ha dicho anteriormente el presupuesto objetivo dentro de las ejecuciones colectivas en Guatemala no se encuentra definido como tal en forma sustantiva de una manera general y mucho menos de una manera particular en cada procedimiento. Por lo tanto es necesario desglosarla y avocarnos a la doctrina para poder entender a que nos referimos con este presupuesto, por lo que podría definirse de una manera breve, por haberse expuesto de manera extensa en apartados anteriores, como el factor desencadenante del concurso que en el presente caso en la legislación guatemalteca está basado en la manifestación externa de una situación económica de fondo, y la finalidad es la de conseguir la aprobación de un convenio que permita pagar a los acreedores en forma satisfactoria. Esta clase de acuerdos recibe el nombre de concursos, concordatos o convenios preventivos. Puede surgir en dos formas:

4.6.3.2.1. Que el deudor haya suspendido o esté próximos a suspender el pago corriente de sus obligaciones.

En este caso el criterio que se sigue es el de la suspensión de pagos, es decir que se tiene el objetivo de evitar una quiebra con el objeto de obtener de los acreedores una espera o una quita, o ambas en un convenio, por ello se le da la facultad para que inicie el concurso de una manera espontánea ante la previsión de una suspensión de pagos actual o inminente. En todo caso la utilidad que se le busca a este proceso es la de evitar un procedimiento de quiebras que podría desembocar una calificación judicial de fraudulenta o culpable. No es necesario que el deudor se encuentre en un estado de quiebra o que su pasivo exceda de tal manera al activo que no pueda cumplir de manera definitiva con sus obligaciones de crédito. Se le ha criticado a esta forma de concurso voluntario el hecho de que en el momento de la celebración del convenio todavía no está totalmente definido el listado de acreedores y las correspondientes deudas, por lo que en todo caso tendría más efectividad si se realiza dentro del proceso de concurso necesario o durante la quiebra²⁶⁰.

Dentro de las ventajas, se puede mencionar el hecho de permitir al empresario que al arreglar la situación en forma voluntaria antes del procedimiento necesario o la quiebra, se puede dar el caso que pueda continuar operando como empresa, si se tratara de un empresario, esto si se lograra que el fin no fuera liquidativo sino más bien conservativo, sin embargo, al tenor de la legislación actual se puede desprender todo lo contrario.

²⁶⁰ *ibíd.*, p. 364.

4.6.3.2.2. Cuando hubieren sido declarados en quiebra, siempre que ésta no haya sido calificada judicialmente de fraudulenta o culpable.

En este caso el concurso voluntario puede surgir después de la declaración de quiebra del deudor y que es como se dijo anteriormente para evitar consecuencias ulteriores con la declaratoria de quiebra y que las partes lleguen a algún convenio amistoso en relación a la masa del concurso, en este caso a diferencia del anterior, no existe el factor de “previsión”, sino más bien la declaración de quiebra esta ya dictada y están ya establecidas de una manera clara tanto la masa de la quiebra, así como los acreedurías, y es prácticamente acortar el procedimiento, y dentro del contenido del convenio lo que buscaría el deudor en todo caso es el de conseguir esperas o quitas y así cumplir con el pago respectivo.

Sin embargo es importante resaltar la falta de detalle de parte del CPCyM, ya que no se establecen parámetros específicos para esta opción ya avanzado el procedimiento de quiebras, y por otro lado, las oportunidades reales de parte del deudor para propiciar el inicio de un concurso voluntario, debido al carácter represivo del procedimiento, ya que para la estancia posterior a una declaratoria de quiebra las posibilidades de éxito en un convenio son muy escasas.

4.7. Concurso necesario de acreedores.

4.7.1. Conceptualización.

Al igual que el concurso voluntario de acreedores, la finalidad de esta clase de concurso es el de procurar un avenimiento ecuánime entre el deudor y los acreedores para el pago de los créditos, sin embargo, esta clase de concurso es promovido por uno o varios acreedores cuando el deudor ha suspendido el pago corriente de sus obligaciones, basándose éstos en una manifestación externa de insolvencia, que en todo caso no supone en algunos casos que el deudor se encuentre en realidad en insolvencia. En todo caso, podemos advertir el problema de conceptualización que existe en la legislación sobre la materia, ya que no se tiene claro si esa cesación de los pagos es provisional o definitiva, y que supone a la vez una impotencia patrimonial para cumplir de modo general con los pagos a los que está obligado el deudor.

La legislación guatemalteca, como se verá más adelante, establece la procedencia del concurso necesario de acreedores al deudor que suspendió el pago corriente de sus obligaciones, que a diferencia del voluntario deja la puerta abierta a presentar la solicitud aun cuando se esté próximo a suspender dicho pago corriente. En todo caso, es interesante el hecho de que dentro de la antigua legislación a la actual, siempre ha sido conocida la distinción entre el comerciante que cesa definitivamente en sus pagos, insolvencia, y el que solamente cesa temporalmente por acontecimientos pasajeros a lo que se le puede llamar, retraso, lo que históricamente se encuentra definido en las

Ordenanzas de Bilbao de donde pasó al Código de Comercio Español de 1829²⁶¹.

El procedimiento a seguir es semejante al del concurso voluntario de acreedores; la diferencia esencial radica en el hecho que este último concurso es iniciado por los acreedores y tiene como característica importante que puede ser declarado por el Juez con la simple solicitud y sin notificación al deudor, quien solamente comparece dentro del procedimiento para presentar los documentos que se le requieran o para impugnar. En suma, se dan medidas más fuertes en contra del deudor y de sus bienes, debido a que existe la presunción de la no colaboración de parte del mismo para con la solución del concurso. Es un proceso largo, costoso e implica que los acreedores se pongan de acuerdo en cuanto a la forma de hacerse el pago que les corresponde.

El concurso necesario de acreedores tiene como objeto realizar los bienes del deudor, lo que confirma el carácter liquidativo del mismo, y lograr el pago de los créditos, y podría surgir como único procedimiento o como alternativa al no haber funcionado un concurso voluntario. Su carácter necesario se da por el hecho que los acreedores obligan al deudor a comparecer ante el Juez para buscar el pago de sus créditos. Algunas de las características del concurso necesario de acreedores son: Que puede iniciarse antes de un procedimiento de quiebra buscando efectividad en los pagos adeudados sin mayores gastos; es una mejor forma de tratar al deudor

²⁶¹ GARRIGUES, J., *op. cit.*, p. 511.

insolvente sin someterlo a graves consecuencias como las que pueden darse dentro de un proceso de quiebras; se puede dar la administración de los acreedores en los negocios del deudor para cumplir con el cometido del pago total de sus créditos. Si llegase a fallar este concurso, los acreedores todavía tienen la posibilidad de iniciar el proceso de quiebra. Como se ha reiterado en el presente estudio, en la legislación guatemalteca solamente se hace énfasis en el procedimiento del concurso necesario y se carece de normas de carácter sustantivo que permitan una noción más clara de los concursos, situación que tampoco se ha dado con anterioridad.

4.7.2. Regulación legal.

El concurso necesario de acreedores se encuentra regulado en el título V, capítulo II, del artículo 371 al 378 del Código Procesal Civil y Mercantil, y se integra el procedimiento con lo que regula el concurso voluntario de acreedores. La definición está contenida en el artículo 371 que literalmente dice: *“Procede el concurso necesario de acreedores del deudor que ha suspendido el pago corriente de sus obligaciones, en los casos siguientes: 1. Cuando ha sido rechazado por los acreedores o desaprobado judicialmente el convenio previo propuesto por el deudor. 2. Cuando hay tres o más ejecuciones pendientes contra el mismo deudor y no hubiere bienes suficientes y libres para cubrir las cantidades que se reclaman. En los dos casos previstos, cualquiera de los acreedores podrá pedir el concurso del deudor y el juez lo declarara sin previa notificación”*.

Los casos de procedencia se definirán más adelante, sin embargo, es importante señalar la mención a la parte final del artículo antes citado en cuanto a la declaración del concurso necesario, en el que se le faculta al juez dictaminar sin previa notificación del deudor, situación que ha provocado algunos debates doctrinales en cuanto a la vulneración del derecho de defensa del deudor al no contemplar la notificación respectiva, y parece que efectivamente se transgreden los principios procesales contemplados en la Constitución Política del República de Guatemala, tales como el Derecho de defensa y al contradictorio contenidos en el art. 12 que en su parte conducente literalmente dice: “...*La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido...*”, el principio de igualdad art. 4: “...*En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos...*”; el de presunción de inocencia, art. 14: “...*Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada*” entre otros principios procesales básicos, siendo que dicha omisión de notificación supuestamente es para proteger a los acreedores y el deudor no tenga tiempo de alzar sus bienes, o huir, lo que refleja, como se ha dicho antes, el espíritu represor y liquidativo de los procesos concursales y de la quiebra en Guatemala. Sin embargo y a pesar de la escasa jurisprudencia que existe en materia de concursos y quiebras en Guatemala ²⁶², se desprende el criterio de

²⁶²En la legislación de Guatemala, la jurisprudencia es una fuente formal de escasa importancia. Sirve para complementar la ley. En el Código Procesal Civil y Mercantil, para que se sienta jurisprudencia, el Tribunal de Casación (Corte Suprema de Justicia, Corte de Constitucionalidad), debe emitir 5 fallos para la CSJ y 3 para la CC. Estos fallos deben de ser

la Corte de Constitucionalidad sobre esta temática quienes se han pronunciado al respecto en el expediente 1016-2002, resolución 13/02/2013, dentro del incidente de inconstitucionalidad de ley en caso concreto²⁶³ enunciando que: *“... no se trata de condenas, sino de medidas asegurativas para el efectivo pago de lo adeudado, según el contexto normativo del Código Procesal Civil y Mercantil, son eminentemente dictadas sin citación de parte contraria son eminentemente decretadas sin citación de la parte contraria...”*. Es un pronunciamiento general en relación a la notificación inaudita parte dentro del

uniformes, no interrumpidos por otro en contrario, dictados por el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos, utilizándose la expresión "doctrina legal" (Ver. arts. 621 y 627 del Código Procesal Civil y Mercantil). En material procesal penal se utilizan las expresiones jurisprudencia y doctrina legal, debiéndose llenar los mismos requisitos legales, con la diferencia que el voto de los magistrados debe ser unánime. Finalmente, en materia de amparo puede también sentarse jurisprudencia, especialmente en la interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes constitucionales en las sentencias de la corte de Constitucionalidad, que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte; sin embargo, la de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido (ver art. 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala).

²⁶³ De conformidad con el artículo 266 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el 116 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala, en casos concretos, en cualquier instancia y en casación hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley, con el objeto de que se declare su inaplicabilidad y el tribunal deberá pronunciarse al respecto. Asimismo, los artículos 120 y 123 de la citada ley establecen que en un caso concreto quien se considere afectado por la aplicación de una ley podrá plantear la inconstitucionalidad de la misma ante el tribunal que esté conociendo del asunto por razón de la materia, cuando tal ley hubiera sido citada como apoyo de derecho en la demanda, en la contestación o que de cualquier otro modo resulte del trámite de un proceso.

proceso de ejecución colectiva, y en relación a otros presupuestos que contienen dicha notificación que se describirán dentro de este capítulo más adelante.

La solicitud del concurso de acreedores necesario, puede ser iniciada por cualquiera de los acreedores y con la misma el Juez lo declara en auto que se dicta sin necesidad de notificar al deudor como se dijo anteriormente. Además de los requisitos señalados para el concurso voluntario el auto de admisión y declaración del concurso contendrá:

1. Orden de ocupar los bienes del deudor, no excluidos legalmente de embargo, su contabilidad, documentos y correspondencia de negocios.
2. Nombramiento de un depositario que, con intervención de la Comisión Revisora, reciba por inventario los bienes del deudor, pudiendo éste concurrir a la diligencia.
3. Orden de oficiar a las oficinas correspondientes para que remitan al Tribunal las comunicaciones dirigidas al concursado.
4. Orden de arraigo al deudor conminándolo con detención corporal, si quebrantare o intentare quebrantar el arraigo.
5. Prohibición de entregar bienes y hacer pagos al concursado y orden a las personas que tengan bienes de aquél o le adeuden cantidades para que, dentro de día, los pongan a disposición del juzgado, bajo pena de ser considerados como ocultadores y cómplices del deudor y de declarar nulos los pagos y las entregas que hicieren.

6. Fijación de día, hora y lugar para que los acreedores celebren Junta general, citándolos en la forma prevista en el concurso voluntario de acreedores.

Al igual que el concurso voluntario este solo es el inicio del procedimiento, y la sola declaración del concurso necesario tiene como efecto que todos los créditos y obligaciones a cargo del deudor se tengan por vencidos y dejen de correr intereses a favor de los acreedores. Todas estas medidas que se dictan al amparo del proceso de ejecución colectiva, han sido objeto de controversia, por su carácter represor y considerado por muchos como inconstitucional, prueba de ello es la sentencia antes citada en relación a la notificación inaudita parte, que además de haberse presentado por dicho extremo, también se denuncia la inconstitucionalidad de los incisos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 372 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, y que contiene lo relativo al mandamiento de ocupar bienes del deudor, nombramiento de depositario de los mismos y la prohibición de entregar bienes y hacer pagos al concursado, así como la orden de poner a disposición del juzgado los bienes y adeudos que personas tengan a favor del concursado, violan los arts. 4º (dignidad de la persona); 12 (debido proceso) y 39 (derecho a la propiedad privada), las tres normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, porque dejan al deudor en una situación de impotencia ante la ocupación de sus bienes en menoscabo de su dignidad y le restringen el derecho de disponer de los mismos, sin que le anteceda un debido procedimiento²⁶⁴.

²⁶⁴ Los Magistrados de la Corte de Constitucionalidad ante el demandado razonan de la forma siguiente: "...La orden de ocupación contenida en los numerales cuestionados, no deriva

de arbitrariedad sino que encuentran su origen en la insolvencia de un deudor común, cuyo patrimonio no puede responder de todas las obligaciones líquidas y vencidas que lo gravan. Se trata de una medida que tiene por objeto dar satisfacción a los derechos de los acreedores. La naturaleza de esta ocupación es la de un embargo ejecutivo cuyo fin es determinar la masa activa del concurso o de la quiebra para el pago de los créditos. Es una medida cautelar que, tiene como fin garantizar las resultas de un procedimiento de cobro. De esa cuenta, no es un simple desapoderamiento de bienes en detrimento de la dignidad humana, pues a esta medida ya le ha precedido la existencia de, por lo menos, tres ejecuciones que demandan el pago de adeudos del concursado y la argumentación, debidamente documentada del proponente del concurso, de la inexistencia de bienes para cubrir los pagos. El derecho al debido proceso no se ve vulnerado, porque contrario a lo afirmado por los accionantes, no se trata de una resolución de condena, sino de naturaleza eminentemente cautelar que trata no sólo de conservar los bienes del patrimonio del deudor, y que éstos se conserven en estado de servir, para responder por las deudas de aquél. La indefensión no opera pues, tal como lo sustenta el juez constitucional de primer grado, al deudor le asiste el derecho de comparecer al tribunal a acreditar la inexistencia de las razones de su sujeción a concurso necesario. El hecho de que no se le haya señalado de manera expresa una audiencia, no implica que el deudor no pueda comparecer a ejercer las defensas encaminadas a suspender una indebida ejecución, o bien, su derecho de pagar si fuere el caso. B) Además denuncian los incidentantes que el numeral 3º., que preceptúa la orden de oficiar a las oficinas correspondientes para que remitan al Tribunal las comunicaciones dirigidas al concursado, viola el derecho a la inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros garantizado en el artículo 24 de la Constitución. A este respecto se pronuncia el Tribunal Constitucional en el sentido que no encuentra este Tribunal que se dé tal vulneración, pues tal como lo sostiene la sociedad que instó el concurso necesario de acreedores, tal garantía constitucional también prevé que la correspondencia documentos y libros pueden revisarse o incautarse en virtud de resolución firme dictada por juez competente. Por ende, siendo que el auto que ordena el artículo 372 del Código Procesal Civil y Mercantil, se encuentra regulado en ley y susceptible de emitirse por juez competente, tal precepto encuadra precisamente en la posibilidad constitucional antes citada, por lo que no se aprecia afectación a la misma, y, C) Respecto de que el inciso 4º viola el principio de libertad de locomoción y la prohibición de que no hay prisión por deudas (artículos 26 y 17 de la Constitución), al decretarse el arraigo del concursado y sancionar con prisión su quebrantamiento, no encuentra este Tribunal que se dé tal vulneración, en primer lugar, porque esta restricción tiene una finalidad legal “asegurar las resultas del proceso de quiebra”. En segundo lugar, porque, ningún derecho fundamental es absoluto, pues todos encuentran sus restricciones –permitidas por la Constitución– en el sistema jurídico, para que, por su medio, no se cometa fraude contra otros derechos de igual importancia. La prisión que apareja el quebrantamiento del arraigo, no equivale a sancionar con pena de cárcel el impago de una deuda, sino que, como lo sostienen las partes en el procedimiento, es consecuencia de la

Esta sentencia lo que confirma es la rigurosidad de los procesos de ejecución colectiva vigente, ya que la problemática que se ha enfocado en este trabajo es precisamente lo que se estaba argumentando como vulnerable de derechos constitucionales. Sin embargo por estar vigente el proceso de esta forma es válido y no contraviene los principios constitucionales reclamados²⁶⁵.

desobediencia de un mandato judicial. Los derechos, sí pueden limitarse; lo que ocurre es que sólo la Ley puede establecer los casos y la forma en que la restricción o privación de los mismos es posible, reserva de Ley que por la excepcionalidad de la restricción o privación, exige una proporcionalidad entre el derecho y la restricción de éste. La necesidad de que el concursado esté personalmente disponible para cuanto el proceso de quiebra demanda, y por el tiempo indispensable, es una causa legítima para limitar su libertad de locomoción y asegurar su observancia con la reprimenda que la ley prevé. Esta limitación, claro está, ha de ser proporcionada al fin que la justifique. Por ello, el arraigo y su apercibimiento queda subordinado a la disponibilidad del concursado; si, habiéndose establecido ya aquella seguridad, la medida se mantiene, indudablemente se está excediendo esa proporcionalidad entre el objetivo y la medida adoptada. Por ello, no es la restricción de libertad de locomoción que supone el arraigo decretado, la que apareja inobservancia de la libertad de locomoción, sino la injustificación del mantenimiento de la medida, situación que, no se da en el presente caso, pues a los concursados ya se les levantó la medida de arraigo como consecuencia de haberse personado al proceso su mandatario judicial con representación. Por lo anteriormente considerado, el incidente de inconstitucionalidad es improcedente y, habiendo resuelto en este sentido el tribunal de primer grado, su fallo debe confirmarse, con la modificación de que se impone la multa de ley al abogado auxiliante...

²⁶⁵ En el mismo sentido se desprenden los razonamientos en la sentencia dentro del expediente 1338-2002 de la corte de Constitucionalidad del 10/12/2002, en el incidente de inconstitucionalidad de ley en caso concreto promovido por Desarrollos Hoteleros, Sociedad Anónima, contra los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, y 5, del artículo 372 del CPCYM, refiriendo vulneración al principio constitucional del debido proceso. Siendo el análisis en general en la misma dirección que la citada anteriormente, agregando solamente el análisis en cuanto el principio de igualdad refiriéndose a que: "... dicho principio hace referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe, ni se opone a dicho principio el hecho que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo al sistema de valores que la Constitución acoge (Gaceta 24, página 14, Expediente 141-92, sentencia de 16-06-92), tesis que se aplica al presente caso, ya que al concursado se le está aplicando la

Es importante mencionar que a pesar de no existir obligación de notificar del auto de inicio del concurso al deudor para su procedencia, el mismo debe presentarse al Tribunal respectivo dentro de los 5 días siguientes al que se declaró el concurso necesario, con los documentos que se deben presentar en la solicitud del Concurso Voluntario de Acreedores contenidos en el art. 350 del CPCyM, dicho incumplimiento se castiga con prisión de 8 días, salvo impedimento comprobado²⁶⁶.

Tal y como sucede con el Concurso Voluntario, se dan varios pasos sucedáneos tales como el nombramiento de la Comisión Revisora y de Depositario, siendo que a la primera le corresponde calificar la insolvencia. Se da también la Junta General de Acreedores con sus respectivos pasos y el resultado puede ser el de llegar a un acuerdo. Si se diera el desacuerdo se declara el estado de quiebra y se manda a detener al fallido para ponerlo a disposición de un Juez Penal competente, excepto que la Comisión Revisora haya calificado la insolvencia como fortuita o culpable, en cuyo caso no procede el inicio del proceso penal.

normativa que nuestra legislación contempla para éste tipo de situaciones, circunstancia en la que el concursado se encuentra, debido al incumplimiento de sus obligaciones procediendo ejecutarlo por lo mismo.

²⁶⁶ Ver artículo 374 del CPCyM de Guatemala.

4.7.3. Presupuestos.

4.7.3.1. Presupuesto subjetivo.

El presupuesto subjetivo del concurso necesario de acreedores es el mismo del concurso voluntario de acreedores, en el sentido que el deudor puede ser empresario o persona física, y los acreedores que son la colectividad a la que se le adeudan los créditos, la diferencia es básicamente que quien inicia este procedimiento no es el deudor sino la colectividad de acreedores o uno de ellos.

4.7.3.2. Presupuesto objetivo.

El presupuesto objetivo del concurso necesario de acreedores está basado en el hecho de que el deudor haya suspendido el pago corriente de sus obligaciones. Sin embargo no es solo eso lo que puede dar origen a este procedimiento, debido a que las causas están tasadas y en ese sentido es *numerus clausus*, debiendo estar la solicitud fundamentada en alguno de los hechos que se estudiarán a continuación, ya que si bien es cierto la iniciativa de la promoción del concurso lo asumen los propios acreedores, no es suficiente con una simple declaración de voluntad de los mismos, sino que es indispensable la aportación de pruebas que acrediten la existencia de alguno de los motivos legales para que opere como presupuesto objetivo, y son los casos siguientes:

4.7.3.2.1. Cuando ha sido rechazado por los acreedores o desaprobado judicialmente el convenio previo propuesto por el deudor.

Este supuesto opera en defecto del concurso voluntario de acreedores y es indispensable que se justifique su procedencia al haberse rechazado por los acreedores el convenio dentro del concurso voluntario o que se haya desaprobado judicialmente. Lógicamente los extremos a probar obran dentro del proceso de concurso voluntario, y no existe ninguna prohibición legal para que la solicitud de concurso necesario se formule dentro del proceso de concurso voluntario, ya que éste puede ser un antecedente del forzoso, aunque esto no es un requisito obligatorio para su procedencia.

4.7.3.2.2. Cuando hay tres o más ejecuciones pendientes contra el mismo deudor y no hubiere bienes suficientes y libres para cubrir las cantidades que se reclaman.

En este inciso estamos ante el segundo caso de procedencia del concurso necesario de acreedores, cuando hay tres o más ejecuciones pendientes contra el mismo deudor y no existen bienes suficientes y libres para cubrir las cantidades reclamadas. De cualquier forma, se debe acreditar la existencia de las ejecuciones, no importando la cuantía, y además se debe acreditar que no existen bienes suficientes y libres para cubrir las cantidades que se reclaman. Una vez acreditado cualquiera de los supuestos legales antes enunciados para

que proceda el concurso necesario el juez lo declara sin previa notificación al deudor, como se mencionó con anterioridad.

4.8. La Quiebra.

4.8.1. Conceptualización.

El proceso de quiebra es el último escalafón dentro de los procesos de ejecución colectiva regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco, que en su aspecto económico se puede definir como la situación en que se encuentra un patrimonio que no puede satisfacer las deudas que sobre él pesan. Es decir que se está en quiebra cuando se presenta un estado de desequilibrio entre los valores realizables y los créditos por pagar, lo que conlleva a que no pueda satisfacerse íntegramente a todos los que tienen derecho a ser pagados²⁶⁷.

En este sentido, la quiebra tiene la finalidad de liquidar los bienes del deudor para pagar a una comunidad de acreedores y no a uno en particular, es decir que la colectividad es favorecida antes de los créditos individuales, en una aplicación de los principios de comunidad de pérdidas y tratamiento igual para todos los acreedores. Sin embargo y a pesar de estos principios se establece en la ley algunos privilegios que tienen ciertos créditos o las garantías reales constituidas en los bienes del deudor.

²⁶⁷ GARRIGUES, J., *op. cit.*, p. 400.

En su aspecto material, al ubicarse como un proceso mercantil, algunos autores como GARRIGUES, sostienen que el Derecho de quiebra abarca en esencia los siguientes temas: 1. El concepto legal de la quiebra (supuestos de la quiebra en el Derecho vigente); 2. Los efectos jurídico-materiales de la declaración judicial de la quiebra sobre el deudor (inhabilitación), sobre sus acreedores (constitución de la masa pasiva) y sobre el deudor (constitución de la masa activa o masa de la quiebra); 3. Las operaciones de la quiebra (liquidación del pasivo); y, 4. La solución de la quiebra²⁶⁸.

En el caso de Guatemala, la quiebra está definida y desarrollada solamente en su aspecto procesal. Sin embargo, como se analizó anteriormente no siempre ha sido de esta manera, ya que se regulaba de manera sustantiva con los presupuestos respectivos por ejemplo, en el Código de Comercio de 1.877, en su artículo 1.196 se definía a la quiebra como: “...*El estado del comerciante que cesa en el pago corriente de sus obligaciones...*”. Y el Código de Comercio de 1.942, contenido en el Código de Comercio Decreto Gubernativo 2846, que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1970, tenía la misma definición. Luego éste Código de Comercio fue sustituido por el actual Código de Comercio, y lo que básicamente se hizo en ese cambio, fue derogar todo lo concerniente a la materia de quiebras contenida en materia mercantil y los legisladores decidieron que era una materia puramente procesal y que por ello debía de estar regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil. Sin embargo solamente se contempló la reincorporación del aspecto procesal mas no sustantivo, que quedo en el limbo, lo que puede inferirse de lo que opinaban

²⁶⁸ *ibíd.*, p. 404,405.

al respecto la generalidad de los autores, quienes definían la quiebra como: “...*Un juicio universal, inter vivos, que tiene por objeto averiguar el activo y pasivo de un deudor comerciante para satisfacer los créditos que gravan su patrimonio y proceder al pago de los acreedores y a la rehabilitación del quebrado, en el caso de que proceda...*”²⁶⁹. Algunos autores consideraron que ese cambio legal podría propiciar la creación de una ley específica para los concursos y la quiebra, tal y como se estaba gestando en muchos países en la época²⁷⁰.

En relación con la naturaleza jurídica de la quiebra algunos autores sostenían en ese entonces tres posiciones: La primera que la quiebra era un procedimiento ejecutivo general; la segunda que considera que es un proceso unitario *sui generis*, en el que se dan aspectos diversos tales como conocimiento, ejecución, administración, etcétera, todos unidos a una finalidad común; y la tercera, que sostiene que las actividades que supone constituyen un sistema de simples actos administrativos encaminados a la liquidación de un patrimonio mercantil²⁷¹. Como puede verse las teorías son puramente procedimentales, sin embargo ya en ese entonces se cuestionaba la efectividad de que existiera diferencia entre lo que eran los concursos de acreedores voluntario y necesario, y la quiebra, ya que las mismas razones que aconsejan establecer un sistema de ejecución colectiva son aplicables sea cual

²⁶⁹ DE PINA, R., “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, VVAA, Ed. Porrúa, México, p. 453

²⁷⁰ AGUIRRE GODOY, M, *op. cit.* p. 357.

²⁷¹ DE PINA, R., *op. cit.*, p. 453 y 454.

fuere la naturaleza del deudor común²⁷². En Guatemala, siguiendo los parámetros de la legislación española de la época, se aplicó a la quiebra las mismas normas dictadas para el concurso, lo que hizo implementar no hacer ninguna diferenciación entre deudor comerciante y no comerciante, así como el hecho de mantener los mismos mecanismos en forma generalizada para los asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, la finalidad siguió siendo la misma en el sentido de lograr con dichos procedimientos repartir el patrimonio de un deudor entre sus acreedores.

En síntesis, según la legislación Guatemalteca la Quiebra es un proceso de Ejecución Colectiva, aun cuando no aparezca dominada por una acción ejecutiva, legitimada por un título ejecutivo, o que puede ser pedida por el deudor mismo o declarada de oficio, esto únicamente demuestra que la quiebra no es una ejecución singular, pero si un tipo de ejecución colectiva.

4.8.2. Regulación legal.

El procedimiento de quiebras está regulado en el Título V, referente a la Ejecución Colectiva, capítulo III, artículos del 379 al 397 del Código Procesal Civil y Mercantil, y se establece en el primero de los artículo relacionados que: *Procede la declaratoria de quiebra a solicitud de uno o varios acreedores: “En los casos en que no se apruebe el convenio previo, ni se llegue en el concurso necesario a un avenimiento entre el deudor y sus acreedores en cuanto a la*

²⁷² GARRIGUES, J., *op. cit.* p. 410.

administración y realización de los bienes y al pago del pasivo, procederá la declaratoria de quiebra. Podrá también ser declarada la quiebra, a solicitud de uno a varios acreedores, en los casos expresados en el artículo 371". En este sentido el artículo 371 regula los supuestos del concurso necesario de acreedores que son: a) Cuando el deudor ha suspendido el pago corriente de sus obligaciones y el convenio ha sido rechazado por los acreedores o cuando ha suspendido el pago corriente de sus obligaciones y el convenio ha sido desaprobado judicialmente; y, b) Cuando hay tres o más ejecuciones pendientes contra el mismo deudor y no hay bienes suficiente y libres para cubrir las cantidades que se reclaman. Es decir que el proceso de quiebras se complementa con los presupuestos del concurso necesario de acreedores cuyos presupuestos se estudiarán más adelante.

Al presentar el escrito de solicitud de quiebra la declaratoria de la misma se deben llenar los requisitos antes enunciados para los concursos voluntario y necesario y el Juez debe resolver en auto, que además de los requisitos antes enunciados para los concursos, debe contener: La fijación de la época de cesación de pagos, con calidad de por ahora, sin perjuicio de tercero, observándose, además, todas las disposiciones establecidas para el caso de concurso necesario, si no se hubieren tomado antes; orden de detención contra el fallido, certificándose lo conducente al Juzgado del ramo penal que fuere competente; y nombramiento de síndico y de depositario provisionales. La Junta General, en su primera reunión, ratificará los nombramientos para esos

casos o designará otras personas. Además, nombrará el Juez dos expertos para el avalúo de los bienes²⁷³.

Otros aspectos a tener en cuenta en este momento es que debe citarse a los acreedores, para la celebración de la Junta de Acreedores, y mandarse a hacer las publicaciones necesarias. Además de mandarse a detener al deudor, se manda a ocupar sus bienes con intervención del síndico y con presencia de un Notario y de dos expertos Valuadores. Si los bienes consisten en dinero, alhajas, títulos o acciones, se deben depositar en un banco²⁷⁴. Todas estas medidas resultan controvertidas y han sido objeto de acción de inconstitucionalidad General Parcial²⁷⁵, como el caso del expediente 1690-2001, de la Corte de Constitucionalidad, sentencia de fecha 12/02/2003, en la que se promueve acción de Inconstitucionalidad General Parcial, art. 380 y 389 del Decreto Ley 107, que contiene el Código Procesal Civil y Mercantil, que se refiere al auto que declara la quiebra y a la calificación de la quiebra dentro

²⁷³ Ver art. 380 del CPCyM de Guatemala.

²⁷⁴ Ver art. 383 del CPCyM de Guatemala.

²⁷⁵ De conformidad con el artículo 267 de la Constitución Política de la República las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearan directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad. Según la sentencia: 31-01-90, pagina No. 20, expediente 244-89, Gaceta No. 15: "...La diferencia objetiva que resulta entre la inconstitucionalidad en caso concreto y la inconstitucionalidad de carácter general, reside en que aquella resuelve la inaplicabilidad al caso específico de la ley declarada inconstitucional, en tanto que en la segunda quedará sin vigencia con efecto "*erga omnes*"..."

del proceso necesario de acreedores. Se argumenta que dicha reforma es inconstitucional porque viola la garantía de libertad personal, principios al debido proceso de defensa, y presunción de inocencia, así como el ejercicio de la acción penal, contenidos en los arts. 2, 44, 12, 14 y 251 de la Constitución Política de la República.

Lo que alegan los interponentes en este caso es que el art. 380 del Código Procesal Civil y Mercantil, contraviene los arts. 2 y 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala ya que en la “citada disposición, se ordena la detención del presunto fallido, sin que así lo haya solicitado el Ministerio Público, asimismo, se pretende certificar lo conducente a un juzgado del ramo penal, sin constatar la existencia de indicios racionales de criminalidad”. El art. 380 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece que “*...El auto en que se declare la quiebra contendrá la fijación de la época de cesación de pagos, con calidad de por ahora, sin perjuicio de tercero, observándose, además, todas las disposiciones establecidas para el caso de concurso necesario, si no se hubiere tomado antes; orden de detención contra el fallido, certificándose lo conducente al Juzgado del Ramo Penal que fuere competente; y nombramiento de síndico y de depositario provisionales. La junta general, en su primera reunión, ratificará los nombramientos para esos casos o designará otras personas. Además, nombrará el juez dos expertos para el avalúo de los bienes...*”²⁷⁶.

²⁷⁶ En el caso citado La Corte de Constitucionalidad resuelve: “...Esta Corte estima que el juicio de concurso necesario de acreedores es un proceso, de ejecución colectiva dentro del cual se deben observar ciertas disposiciones establecidas en la ley de la materia, iniciándose

con el cumplimiento de los presupuestos señalados para la procedencia del mismo hasta su terminación -que incide con la declaratoria de la quiebra-, por lo que es a través de dicho procedimiento que se ha establecido la existencia de indicios de criminalidad en contra del presunto fallido, ya que según las características antes citadas, en este tipo de juicios se está ejecutando un derecho plenamente establecido. En cuanto a la orden de detención contra el fallido, el Juez Civil procede únicamente a certificar lo conducente al Juzgado de Ramo Penal competente, cumpliendo así con el acto procesal mediante el cual se pone en conocimiento del tribunal competente la comisión de un hecho que reviste las características de un delito o falta, ejercitando la obligación de denunciar un hecho delictivo y basando su actuación en el artículo 380 del Código Procesal Civil y Mercantil. De ahí que dicha norma no contraviene los artículos constitucionales citados. B) Con respecto a que los artículos 380 y 389 del Código Procesal Civil y Mercantil violan el derecho de defensa y al debido proceso estipulado en el artículo 12 de la Carta Magna, esta Corte, en sentencia de dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y dos, dictada en el expediente 326-91 consideró: "...verificado el análisis jurídico pertinente y confrontadas las normas impugnadas con el citado artículo constitucional, que en esencia garantiza el derecho de defensa, esta Corte estima que lo dispuesto en las normas atacadas de inconstitucionales, no se contraponen al artículo 12 constitucional que reconoce el derecho de defensa, ni que su aplicación al caso concreto planteado coloque a ninguna de las partes en estado de indefensión. El proceso es complejo y comprende varias fases: una preventiva o cautelar para asegurar el patrimonio del deudor y, como en toda ejecución, se decretan medidas in audita parte; un período de cognición breve que surge con la audiencia que se confiere al deudor al notificarle el auto inicial; y la ejecución strictu sensu, con la realización de los bienes. Las normas impugnadas únicamente beneficiarían a los acreedores y violarían el derecho reconocido por la Constitución, si el texto legal no contemplara la posibilidad de defensa del ejecutado. El Código Procesal Civil y Mercantil establece, en el artículo 383, que cuando el concurso o la quiebra no hubieren sido declarados a solicitud del deudor, éste podrá oponerse dentro de los tres días siguientes a aquél en que la declaración le haya sido notificada. La oposición se sustanciará en forma de incidente entre el opositor y el síndico. Lo anterior evidencia que en el proceso de ejecución colectiva, está previsto el

contradictorio y, consecuentemente, garantizado el derecho de defensa del deudor...” tesis que se aplica al presente caso y por ende, las normas impugnadas no violan el artículo 12 constitucional. C) En cuanto a la supuesta colisión que existe con los artículos impugnados y el artículo 14 de la Constitución Política de la República, esta Corte estima procedente hacer las mismas consideraciones que en la literal anterior, aunado a ello, según lo que establece el artículo 389 del Código Procesal Civil y Mercantil, la quiebra puede ser declarada fraudulenta o fortuita, dándose así dos posibilidades, en la primera que se abra el proceso criminal o en la segunda se ordene su inmediata libertad, conclusiones a las que se puede arribar después de haber terminado el proceso establecido en la ley para este tipo de ejecuciones colectivas, cumpliéndose así con la tesis sustentada por esta Corte en el expediente 288-2000, sentencia del dos de mayo de dos mil uno, que indica que “una presunción iuris tantum” dirigida a garantizar al sindicado que no podrá sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en prueba pertinente, valorada por un tribunal con eficacia suficiente para destruir la presunción y basar un fallo razonable de responsabilidad, porque, en caso contrario, el principio constitucional enunciado prevalecerá en su favor...”. Por lo que la norma impugnada no contradice el artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala. D) En cuanto a que las normas impugnadas violan el artículo 251 de la Constitución Política de la República de Guatemala, alegando el accionante que “se ordena la detención del presunto fallido, sin que la haya solicitado el Fiscal General de la República, por medio del Ministerio Público“. Esta Corte estima que al realizar el Juez Civil la denuncia establecida en artículo 380 del Código Procesal Civil y Mercantil, es precisamente el Ministerio Público el encargado de iniciar las investigaciones necesarias para determinar la existencia del hecho denunciado, cumpliéndose así con lo que contempla el artículo constitucional en mención. E) Con respecto a que el artículo 389 del Código Procesal Civil y Mercantil, contraviene el artículo 203 párrafo tercero de la Constitución Política de la República de Guatemala, esta Corte estima que tal como lo establece el artículo constitucional referido, la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. En el presente caso, el procedimiento para las ejecuciones colectivas se encuentra estipulado en el Título V Capítulo I del Código Procesal Civil y Mercantil, siendo un Juez civil ante el cual se

Este caso de Inconstitucionalidad General se desestimó al encontrarse que todas las normas impugnadas están conforme a los artículos y principios constitucionales, en parecidos términos de las sentencias antes nombradas en casos de Inconstitucionalidades en casos concretos. Por otro lado, de los análisis de los Magistrados y de su fundamento doctrinario se puede desprender lo que se ha dicho durante este trabajo en relación a la forma liquidativa del proceso concursal existente en Guatemala, al definir el proceso como el de llegar a determinar el activo y el pasivo del deudor y el de repartirse los bienes del mismo entre los acreedores. Cabe resaltar la justificación de la notificación en inaudita parte de la quiebra, así como el hecho de la persecución penal adelantada en el procedimiento hacia el quebrado, situaciones que ya han sido analizadas pero que es importante mencionar ante esta doctrina que es el reflejo de la poca práctica concursal, y los motivos por los que no existe confianza en el uso de los procesos de ejecución colectiva.

Los pasos posteriores a la declaración de quiebra son desde la oposición del deudor, que deberá hacerlo dentro de los tres días de notificado, la Junta General de acreedores, la memoria del Síndico, inventario y avalúo de bienes, realización de los bienes, nueva junta general de Acreedores, y la liquidación del concurso.

tramita este tipo de procedimientos, -competencia que le fuera delegada por la misma ley-; por ende, se trata de un procedimiento de orden civil; en consecuencia, no existe dicha contravención.

4.8.3. Presupuestos.

4.8.3.1. Presupuesto subjetivo.

En relación al presupuesto subjetivo nos referimos a los sujetos que forman parte de la quiebra como actores o demandados, por lo que nos remitiremos a lo que se ha dicho en los casos de los concursos voluntario y necesario de acreedores²⁷⁷, en el sentido de que pueden ser sujetos el actor que es un conglomerado de actores, (por referirnos a colectividad más de uno), y en relación a la parte demandada un deudor común a éstos, que puede ser comerciante o no comerciante.

4.8.3.2. Presupuesto objetivo.

El Presupuesto objetivo de la quiebra, nos lleva al estudio de lo que es la insolvencia, que ha tenido múltiples definiciones, pero que en general puede entenderse como la causa determinante del concurso que equivale a la insuficiencia patrimonial, manifestada en el hecho de la ejecución infructuosa sobre los bienes del deudor²⁷⁸. Sin embargo, y como se ha podido desprender de este estudio la tendencia moderna es la de establecer que la quiebra

²⁷⁷ Ver páginas 223 y 237 del presente trabajo en el que se describen los presupuestos subjetivos de los concursos voluntarios y necesarios en la legislación guatemalteca.

²⁷⁸ GARRIGUES, J., *op. cit.*, p. 413.

significa la insolvencia del deudor común y ésta la causa determinante de la quiebra. Por lo tanto y en general, el enfoque de este presupuesto debe hacerse refiriéndonos al deudor (comerciante o no comerciante) que ha suspendido el pago corriente de sus obligaciones (cesación de pagos). Así pues, se puede afirmar que la causa de la quiebra es la insolvencia, que implica la impotencia patrimonial para hacer frente a los créditos, lo cual conduce a una cesación o sobreseimiento definitivo en los pagos a efectuar a los acreedores. Se puede apuntar que esta insolvencia no debe de ser transitoria sino más bien permanente o definitiva, ya que una cuestión transitoria podría ser sufragada con un crédito o intensificando el rendimiento de la empresa, es decir mediante su saneamiento por diferentes medios. Se puede ser solvente y, sin embargo, no poder atender al pago de las obligaciones en las fechas de sus respectivos vencimientos²⁷⁹.

En relación a este tema, surge un debate doctrinal sobre si esa cesación de pago a los acreedores es realmente el fundamento de la quiebra, ya que podría ocurrir que una empresa puede ser insolvente sin haber dejado de pagar una sola obligación; la falta de pago es un hecho propio de la persona; la insolvencia es un estado propio del patrimonio. En todo caso, la insolvencia y el incumplimiento no son nociones equivalentes, sino que, por el contrario, son conceptos radicalmente distintos. La insolvencia es de esencia

²⁷⁹ *ibíd.* p. 417.

fenoménica, el incumplimiento es un hecho de la conducta humana. Este es un acto imputable a las personas, aquella un hecho propio de los patrimonios²⁸⁰.

En Guatemala, atendiendo a lo que se definía en el antiguo Código de Comercio de 1942, Decreto Gubernativo 2846, derogado, se refería a la quiebra como el estado del comerciante que cesa en el pago corriente de sus obligaciones, y se establecía también que es un estado indivisible y por consiguiente abraza la universalidad de los bienes y deudas del fallido. Debemos interpretar, que cuando se refiere a suspensión de pagos, aplicable a la quiebra, se alude al comerciante o no comerciante que debido a su situación de insolvencia se encuentra con un patrimonio impotente para hacerle frente a todas sus obligaciones, y por eso, cae en una cesación definitiva de pagos. Tomando en cuenta esta situación se establecen los casos como presupuestos que pueden dar lugar al inicio de un proceso de quiebra, regulados en el art. 379 del Código Procesal Civil y Mercantil:

- a) Cuando no se aprueba el convenio previo.
- b) Cuando no se llegue en el concurso necesario a un avenimiento entre deudor y sus acreedores en cuanto a la administración y realización de bienes y el pago del pasivo.
- c) En los casos establecidos en el art. 371 del CPCM, que se refieren a:
 - l) Cuando el deudor ha suspendido el pago corriente de sus obligaciones y el convenio ha sido rechazado por los acreedores, o cuando ha suspendido el pago corriente de sus obligaciones y el convenio ha sido desaprobado judicialmente.

²⁸⁰ APODACA Y OSUNA, F., *op. cit.*, p. 280.

- II) El otro supuesto legal para que pueda pedir la declaratoria de quiebra se refiere al hecho de que existan, en contra del deudor, tres o más ejecuciones pendientes y no hubiere bienes suficientes y libres para cubrir las cantidades que se reclaman. Básicamente se refiere a que el deudor no tenga bienes suficientes sobre los cuales pese ningún embargo, gravamen o limitación, que haga imposible que esas ejecuciones prosperen.

En los casos a) y b), se puede observar que proceden en el caso de que no hayan concluido con éxito los concursos voluntario o necesario. En el primer caso se puede interpretar que aunque no se dice expresamente que procede si no se aprobó el convenio celebrado entre el deudor y los acreedores, de parte del juez en el concurso voluntario o necesario. Y en el caso b) se alude claramente al concurso necesario de acreedores, y no es por no haber sido aprobado el convenio, sino porque fue imposible llegar a un acuerdo entre el deudor y los acreedores.

Se puede afirmar que procede La quiebra en los casos siguientes:

1. Concluido el concurso voluntario, los acreedores no están de acuerdo con el convenio propuesto por el deudor.
2. Concluido el concurso voluntario, el convenio no ha sido aprobado por el Juez.
3. Cuando concluido el concurso necesario, el convenio no es aprobado por el Juez.

4. Cuando concluido el concurso necesario, no hay acuerdo entre deudor y acreedores en cuanto a cómo administrar y realizar los bienes y forma de pago del pasivo.
5. Cuando se han planteado tres o más ejecuciones en contra de un deudor, y no hay bienes suficientes y libres para cubrir las cantidades que se reclaman²⁸¹.

Al surgir alguno de los presupuestos antes enunciados cualquier acreedor e incluso el deudor mismo puede iniciar el proceso de quiebra. Así pues, se puede anotar que procesalmente la quiebra está bien definida, aun complementándose con los presupuestos de los concursos voluntarios y necesarios. Sin embargo, no está del todo claro en que consiste esa insolvencia, sobre todo porque los términos son ambiguos y carentes de sustantividad.

²⁸¹ BONILLA, M., *op. cit.*, p. 13.

CAPITULO V

5.1. Análisis de la problemática planteada y posibles soluciones.

5.1.1 Situación legal vigente y aplicación práctica en Guatemala en materia de ejecuciones colectivas (concursos de acreedores y quiebra).

5.1.1.1. Dispersión normativa y del presupuesto objetivo en materia concursal.

5.1.1.2. Falta de cuerpo normativo específico de quiebras o concursos.

5.1.1.3. Falta de sustantivación en materia concursal.

5.1.1.4. Fundamento procesal complejo de la legislación existente, exceso de formalidades.

5.1.1.5. Falta de órganos jurisdiccionales especiales en derecho mercantil y concursos.

5.1.1.6. Finalidad liquidativa de los procesos concursales.

5.1.1.7. Imposibilidad de recuperación empresarial.

5.1.1.8. Falta de conocimiento y experiencia profesional, judicial y comercial en materia concursal y quiebras.

5.1.2 Prácticas comunes sustitutivas de los procesos de ejecución colectiva.

5.1.3. Afectación de la inoperatividad en materia de concursos y quiebra en la economía guatemalteca y la inversión extranjera.

5.2. Primeros intentos de reforma legislativa en materia de insolvencias en Guatemala. Especial referencia al presupuesto objetivo.

5.2.1. Proyecto de Ley para un Código Procesal General.

5.2.2. Borrador de Anteproyecto de Ley de Insolvencias.

5.3 Propuestas para una reforma en materia concursal en la legislación guatemalteca a partir de la definición del presupuesto objetivo del concurso.

5.3.1. Prácticas internacionales en materia concursal a tener en cuenta en la reforma.

5.3.1.1. Derecho Concursal como un derecho autónomo.

5.3.1.2. Unificación legislativa en materia concursal en Guatemala en aspectos sustantivos y procesales: Creación de una Ley Concursal.

5.3.1.3. Separación de los concursos de acreedores y quiebra del derecho penal.

5.3.1.4. Principios fundamentales en los que puede basarse el nuevo derecho concursal en Guatemala.

5.3.1.4.1. La satisfacción ordenada de los acreedores como finalidad principal.

5.3.1.4.2. La conservación o reflotamiento de las empresas viables.

5.3.1.4.3. La conservación de los puestos de trabajo en la empresa.

5.3.1.4.4. Privilegio de los intereses públicos.

5.3.1.4.5. Unidad de procedimiento.

5.3.1.4.6. Participación de los acreedores en el proceso.

5.3.1.4.7. Agilización y modernización del proceso.

5.3.1.4.8. Regulación de convenios judiciales o extrajudiciales.

CAPITULO V

5.1. Análisis de la problemática planteada y posibles soluciones.

En este apartado del trabajo se procederá analizar en que consiste el presupuesto objetivo del derecho concursal actual en Guatemala, para detectar sus debilidades y fortalezas. Luego se fijarán las posibles soluciones que pueden formularse, tomando en cuenta la complejidad que trae consigo una reforma estructural de tal magnitud, en el entorno legal, económico, social y político de Guatemala. Nos centraremos en el presupuesto objetivo del proceso concursal guatemalteco, haciendo énfasis en aquellos aspectos que han sido tomados en cuenta en otras legislaciones del entorno y de influencia en la legislación guatemalteca, y en especial de la legislación española.

Como se puede apreciar se han estudiado temas conexos que coadyuvan a la definición y comprensión del presupuesto objetivo del concurso de acreedores con el objetivo de explicar con más detenimiento la importancia de dicho presupuesto y que conllevan a una reforma integral del proceso de insolvencias, tal y como se ha hecho en varias legislaciones que se han tomado como marco para proponer un cambio legislativo en la materia en Guatemala.

5.1.1. Situación legal vigente y aplicación práctica en Guatemala en materia de ejecuciones colectivas (concursos de acreedores y quiebra).

La situación actual de Guatemala en materia de procesos de concursos de acreedores y quiebra es decadente en el sentido de su nula aplicación práctica, por lo que se hace necesario enumerar los problemas que se han detectado del estudio de la legislación y la percepción práctica, ya que para proponer cambios es necesario reconocer, estudiar, y criticar cada y uno de ellos como se hace a continuación:

5.1.1.1. Dispersión normativa y del presupuesto objetivo en materia concursal.

En materia de concurso y quiebra en Guatemala existe una dispersión normativa, toda vez que no están los procesos unificados en un solo cuerpo específico de normas, como hemos señalado, los procesos de concursos de acreedores y quiebras en aspectos puramente procesales están reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, Decreto Ley 107, del 14 de septiembre de 1963, en el título V, del artículo 347 al 400, que se complementan por lo que se establece para otros procedimientos civiles, tales como el proceso ordinario y los demás juicios ejecutivos, contenidos en la misma norma. En el código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del 9 de abril de 1970, se encuentran algunas referencias a los concursos de acreedores y de la quiebra en los siguientes arts.: 21, referente a los declarados en quiebra que no podrán constituir sociedades mientras que no se

hayan rehabilitado; el 219, relativo a la disolución o quiebra en el país de origen de las sociedades extranjeras; el 226 sobre las causas de exclusión y separación de los socios por la quiebra; y el 358 referente que solo los comerciantes inscritos podrán desempeñar sindicaturas de quiebras y acogerse al beneficio de la suspensión de pagos.

Por otro lado también se pueden encontrar aspectos de la quiebra en el Código Penal, decreto 17-73, del 5 de julio de 1963, en los arts.: 348, sobre quiebra fraudulenta, 349 quiebra culpable, 350 Responsabilidad Personal en asuntos de quiebras, 351 complicidad, 352 alzamiento de bienes, 353 quiebra de sociedades irregularmente constituidas y, 354 sobre concursado no comerciante. Como podrá observarse, no se tiene el proceso de insolvencia o concursal como independiente sino como un proceso ejecutivo con carácter colectivo regulado en la materia civil, con artículos dispersos en diferentes cuerpos normativos.

En relación al presupuesto objetivo actualmente no se encuentra definido expresamente, tal como se ha advertido con anterioridad debido a la falta de sustantividad que se ha mencionado reiteradamente en este estudio, en ese sentido, el CPCYM regula exclusivamente en materia procesal, siendo que el presupuesto objetivo está disperso en varios articulados, dependiendo si es concurso voluntario, necesario o la quiebra.

Sin embargo, al analizar el articulado no está claro si el inicio de los concursos o de la quiebra depende de manifestaciones externas del deudor, o

si se tiene como detonante el hecho de que el pasivo sea inferior al activo. Ya que por un lado el concurso necesario está basado en el hecho de que “*el deudor haya suspendido el pago corriente de sus obligaciones*”²⁸²; y prácticamente es la única referencia sustantiva que pudiera interpretarse como insolvencia, con el agravante que no es claro sobre los alcances y contenido del presupuesto objetivo, ya que infiere la falta de pago de las obligaciones, sin especificar el número de vencimientos de dichos pagos, ni el contenido de dichas obligaciones, procediendo directamente a hechos concretos desencadenantes del concurso necesario tales como el hecho de que haya sido rechazado por los acreedores o desaprobado judicialmente el convenio previo propuesto por el deudor, así como la existencia de tres o más ejecuciones pendientes contra el mismo deudor y no hubiere bienes suficientes y libres para cubrir las cantidades que se reclaman. Por otro lado, desde el inicio del proceso se establece la liquidación de los bienes del deudor, lo que hace pensar que la tendencia es más hacia que el pasivo sea superior al activo para determinar dicho estado de insolvencia. En todo caso, el marco de actuación es *numerus clausus*, limitado a los dos hechos antes enunciados, y con referencias a los presupuestos del concurso voluntario de acreedores, como supuesta ampliación del presupuesto objetivo. En la misma línea, el concurso voluntario de acreedores maneja el presupuesto de previsión y lo que se busca es el acuerdo del deudor con sus acreedores en una forma satisfactoria ante la posible suspensión de pagos actual o inminente, y el objeto principal es el de evitar un procedimiento de quiebras con consecuencias más graves para el deudor. Lo importante de señalar en este caso es que no es

²⁸² Ver art. 371 CPCYM.

requisito que el deudor se encuentre en un estado de quiebra o que su pasivo exceda al activo y que sea la causa del concurso. En este caso, tampoco se define el presupuesto objetivo para tener un marco de referencia claro para solicitar de forma voluntaria el concurso, por lo que se mantiene la tendencia antes descrita de *numerus clausus*.

En relación a la quiebra, la única referencia sustantiva concreta al presupuesto objetivo se encontraba en el antiguo Código de Comercio de 1942, Decreto Gubernativo 2846, en el art. 1196, y que antecedió al ahora vigente, estudiados en el capítulo anterior, al definir la quiebra como el estado de un comerciante que cesa en el pago corriente de sus obligaciones y se establecía también en un estado indivisible y que abraza la universalidad de los bienes y deudas del fallido. Sin embargo, en el art. 379 del actual CPCYM, no hay una definición de lo que puede ser el presupuesto objetivo de la quiebra, el mismo se resume en que no se apruebe convenio previo y en el caso de que no se llegue en el concurso necesario a un avenimiento entre deudor y sus acreedores sobre la administración y realización de los bienes y el pago del pasivo, y además se agregan como presupuestos los que se señalaron antes sobre los hechos que desencadenan el concurso necesario de acreedores. Por estos motivos, se puede afirmar que el presupuesto objetivo está disperso y no es claro, lo que da un margen limitado e incluso arbitrario de aplicación, con lo cual se entiende que no se utilicen estos procesos en Guatemala.

5.1.1.2. Falta de cuerpo normativo específico de quiebras o concursos.

Dentro de la problemática y ligado con la dispersión normativa y del presupuesto objetivo, se encuentra el hecho de que no existe un cuerpo legal específico que regule el concurso de acreedores, por lo que se carece de independencia y especialidad en materia concursal. Tal y como fue estudiado los procesos de concursos de acreedores y la quiebra están regulados en todos sus aspectos por el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala (Decreto Ley 107), en el apartado de Ejecuciones Especiales denominada como EJECUCIÓN COLECTIVA, por entenderse su contenido de forma análoga con una ejecución civil.

5.1.1.3. Falta de sustantivación en materia concursal.

Del estudio realizado se desprende que en Guatemala no existe legislación que regule los concursos de acreedores y la quiebra en su aspecto sustantivo, lo que impide que exista fluidez del proceso y del que se puede desprender arbitrariedad ya que se delega en el Juez de lo civil quien no es especializado en la materia, para que decida y califique muchas de las acciones que surgen del procedimiento, esto al libre albedrío del mismo, lo que resulta lógico de la falta de sustento conceptual al momento de resolver un caso. La legislación existente sobre el tema concursal se limita a señalar los procesos que deben seguirse en los casos de insolvencia y de los cuales se puede advertir la finalidad de lograr hacer el pago a los acreedores de un

deudor que ha dejado o está por dejar de cumplir con sus obligaciones. En el caso de los concursos de acreedores necesario y voluntario, y en relación a la quiebra, se define como un proceso que ordena la forma de ejecución judicial y en ningún momento tiene la finalidad de salvar o conservar las empresas viables o constituir un instrumento para que un deudor intente salir de un mal momento. La quiebra es un proceso que desde el principio entiende que el deudor no podrá cubrir de ninguna manera las deudas y mucho menos seguir con su fin primordial de conservación de la empresa.

5.1.1.4. Fundamento procesal complejo de la legislación existente, exceso de formalidades.

La complejidad de los procesos de ejecución colectiva es evidente ante su falta de uso y de confianza lo que se debe primero a la falta de sustantividad que se ha mencionado antes y además al exceso de formalidades para ponerlos en funcionamiento lo que se traduce en trámites engorrosos, costosos y largos en el tiempo, y que provoca que sean inoperantes y en la práctica no se den casos de quiebras, y no porque no existan, sino porque no hay confianza de parte de los que pudieran ser sujetos del mismo.

Dentro de las formalidades cabe mencionar que las notificaciones de los procedimientos de concursos de acreedores, ya sea voluntario o necesario y de la quiebra, requiere que se realicen en forma personal a cada uno de los acreedores, lo que representa inconvenientes y retrasos en el procedimiento.

El gran número de publicaciones de edictos que deben realizarse en el diario oficial y en otro de mayor circulación, y el costo que representa cada, lo que da onerosidad en los gastos procesales. Por otro lado, los honorarios profesionales de todos los intervinientes los síndicos, depositarios, abogados, notarios o contadores, que deben sumarse a la masa activa, con el agregado que al final del proceso no se da la recuperación del monto adeudado en plazos razonables para los acreedores.

5.1.1.5. Falta de órganos jurisdiccionales especializados en derecho mercantil y concursos.

Actualmente en Guatemala los Órganos Jurisdiccionales con competencia en casos de ejecuciones colectivas son en general los Juzgados Civiles, dependiendo de la cuantía²⁸³. Sin embargo ante el creciente número de

²⁸³ El acuerdo No. 2-2006 de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, regula: "...Artículo 1. (Modificado por el Artículo 1º. del Acuerdo 37-2006 de la Corte Suprema de Justicia) Se modifica el acuerdo número 5-97 de la Corte Suprema de Justicia, el cual queda así: a) En el municipio de Guatemala, hasta cincuenta mil quetzales (Q50.000.00); b) En las cabeceras departamentales y en los municipios de Coatepeque, del departamento de Quetzaltenango; Santa Lucía Cotzumalguapa, del departamento de Escuintla; Malacatán e Ixchiguán, del departamento de San Marcos; Santa María Nebaj, del departamento de Quiché; Poptún, del departamento de Petén; Santa Eulalia, del departamento de Huehuetenango; Mixco, Amatitlán y Villa Nueva, del departamento de Guatemala, hasta veinticinco mil quetzales (Q25,000.00). c) En los municipios no comprendidos en los casos anteriores, hasta quince mil quetzales (Q15,000.00) Artículo 2. En el municipio de Guatemala los jueces de paz del ramo civil, y los jueces de paz de los demás municipios de la República, conocerán por el procedimiento que señala el ACUERDO NÚMERO 2-2006 2 artículo 211 del Código Procesal Civil y Mercantil, los asuntos de ínfima cuantía que no excedan de diez mil quetzales (10,000.00). Artículo 3. Todos los asuntos de naturaleza civil y mercantil que se encuentran en trámite, a la fecha de vigencia de

juicios ejecutivos presentados y en trámite que han hecho desbordar la labor de los Juzgados Civiles que tienen una competencia amplia, sobre todo en la capital de Guatemala, se han creado recientemente los Juzgados de Paz y de primera Instancia de Ejecución Civil, mediante acuerdos número 20 y 21 de 2009, con fecha 21 de septiembre, los cuales tienen como competencia la cuantía establecida para los Juzgados de Paz y Primera Instancia Civiles en el Municipio de Guatemala, departamento de Guatemala, en los procesos de ejecución siguientes: a) Ejecución en vía de apremio; b) Juicio Ejecutivo; c) Ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros; d) Concurso voluntario de acreedores; e) Concurso necesario de acreedores; f) Declaración de quiebra y rehabilitación. Por otro lado el artículo 22 del CPCYM, señala que en los procesos de ejecución colectiva es juez competente aquel en cuya jurisdicción se halle el asiento principal de los negocios del deudor; pero cuando no pueda determinarse, se preferirá el de su residencia habitual.

Se puede observar en esta descripción de la jurisdicción y la competencia que la necesidad de crear juzgados especializados en ejecuciones ha surgido de la gran cantidad de esta clase de juicios, lo que da una pauta de la cantidad de morosidad e incumplimiento de convenios y sentencias, y se incluyen, aunque no se usen los relativos a la ejecución

este acuerdo, seguirán siendo sustanciados, hasta su fenecimiento, por los juzgados que conocen de ellos en la actualidad. Artículo 4. La presente disposición no es aplicable para asuntos de familia. Artículo 5. (Modificado por el Artículo 1. del Acuerdo 6-2006 de la Corte Suprema de Justicia). El Presente acuerdo entrará en vigor siete meses después de su publicación en el Diario de Centroamérica, órgano oficial de la República de Guatemala...“ Este acuerdo entro en vigencia el 13/10/2006.

colectiva, ya que están regulados dentro del marco de las ejecuciones. En este sentido, se ha dado un pequeño paso en el contexto actual hacia una especialización de los juzgados aunque no suficientes ni en el camino que se propone en el presente trabajo, en todo caso esta reforma solamente se ha acometido en el municipio de Guatemala y no en todo el país, lo que le hace incompleta y no generalizada.

5.1.1.6. Finalidad liquidativa de los procesos concursales.

Se puede advertir la finalidad liquidativa del proceso desde la descripción de sus principios rectores al definir el proceso como universal abarcando todos los bienes del deudor y que tiene relación con el principio de *vis atractiva* o de fuero de atracción, en el sentido de que en el proceso se acumula todo el patrimonio del deudor con la finalidad de despojarlo de sus bienes, sus documentos y con el producto de estos hacer pago a los acreedores²⁸⁴. El fin primordial es la satisfacción de los créditos de los

²⁸⁴ En la legislación Española es uno de los principios-fuerza de la LC que consiste en el reforzamiento de la fuerza atractiva del procedimiento concursal, al que de una u otra forma se deben o se pueden acumular todas las acciones y procedimientos que tengan alguna trascendencia económica sobre el patrimonio del concursado. De fuerza atractiva del concurso cabe hablar en un doble sentido: De una parte hacer referencia a todas aquellas acciones que el propio procedimiento concursal absorbe por sí mismo; de otra, en referencia a los procedimientos, que aun manteniendo su propia autonomía, quedan atraídos a la esfera del procedimiento concursal como incidentes del mismo, esto es, como satélites que deben orbitar en su entorno. En ambos casos, el fundamento de la *vis atractiva* del concurso es el mismo y se encuentra en el carácter universal del proceso concursal. GARNICA, J., "La *vis atractiva*", del

acreedores, sin que planteen vías alternas para el reflotamiento de la empresa o recuperación de la persona individual. Esto se advierte con el hecho de que se pueda dar inicio al procedimiento ejecutivo en inaudita parte en relación al deudor, y que en caso de no comparecer al Juicio puede ser sujeto de arresto, y por si fuera poco la calificación de la quiebra por parte de la Junta de Acreedores como culpable, puede acarrear para el deudor el ser procesado penalmente como consecuencia de dicha calificación. Por todas estas circunstancias resulta poco atractivo el proceso, especialmente para los acreedores, que son afectados por el hecho de la incertidumbre de la recuperación de sus créditos y mucho menos los intereses o demoras respectivas, así como el coste procesal que deben asumir para iniciar y mantener el proceso que recae sobre la misma masa del concurso.

5.1.1.7. Imposibilidad de recuperación empresarial.

Como se dijo en el apartado anterior, la finalidad liquidativa de los procesos de ejecución colectiva, sumado a lo largo y costoso que resulta para todas las partes, y sobre todo el matiz penal, plantean para los acreedores la imposibilidad de recuperación de sus créditos, y para el deudor que bien pudiera optar por prevenir una quiebra o un concurso necesario de acreedores al utilizar el concurso voluntario o convenios pre concursales, ve mermada la posibilidad de su recuperación empresarial, ya que desde el principio del

Juez del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011". En: *Anuario de Derecho Concursal*, No. 26. Mayo-Agosto 2012. Ed. Aranzadi, S.A. 2012. Navarra. p.p. 205-206.

proceso existe un estigma que provoca un deterioro a la imagen empresarial que provoca que no pueda optar a créditos de parte de bancos o proveedores, por lo que resulta poco atractivo.

La imposibilidad de recuperación empresarial también tiene repercusiones en los derechos de los trabajadores, ya que el no operar la empresa pierde su puesto de trabajo, y la recuperación de sus prestaciones es remota ante la ejecución de los bienes del deudor ya que dicha acreedoría entraría dentro de las generales al no establecerse privilegios para los mismos en cuanto al cobro, de hecho no se hace referencia a estas circunstancias. En similares términos la situación de las posibles deudas al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y la Superintendencia de Administración Tributaria, quienes entran en la *par conditio creditorum*, en igualdad de condiciones con los demás.

5.1.1.8. Falta de conocimiento y experiencia profesional, judicial y comercial en materia concursal y de quiebras.

La falta de conocimiento y experiencia en materia de concursos y quiebras de parte de los abogados, economistas, los jueces y sus auxiliares y por supuesto de los comerciantes y particulares es perceptiva en Guatemala, lo que se refleja en su nula utilidad en la vida cotidiana y no se ve como alternativa en la solución de problemas de insolvencia.

Los estudios doctrinales y jurisprudenciales son muy antiguos, escasos e incompletos y no dejan clara la efectividad de dichos procesos, y la falta de práctica implica el total desconocimiento de su efectividad, al no tener marcos de referencia en situaciones concretas. Esta situación provoca que se acuda en casos de insolvencia a soluciones más seguras para ambas partes y que busquen el menor perjuicio para ambos, otras figuras jurídicas que se estudiarán en otros apartados.

En este trabajo se ha procurado recabar toda la información que se encuentra a disposición en la materia de concursos de acreedores en Guatemala, incluidos libros de texto de referencia, diccionarios jurídicos, tesis de Licenciatura, e incluso estudios realizados por entidades empresariales y se han encontrado algunas sentencias de la Corte de Constitucionalidad referentes al tema, lo que ha permitido dar una visión de lo escaso que hasta la fecha representan estas fuentes, por lo que para complementar dichos estudios y dar una visión práctica de la realidad tanto de sus efectos prácticos como de conocimiento general se ha realizado trabajo de campo mediante encuestas²⁸⁵ a 30 profesionales del Derecho del que se pueden desprender datos muy reveladores que han confirmado la tesis propuesta en este trabajo

²⁸⁵ El trabajo de campo se realizó con el método de la encuesta con diez preguntas relacionadas con el conocimiento del derecho concursal vigente en Guatemala, de experiencia en la materia, de conocimiento de casos en materia de quiebras y concursos de acreedores, de conocimiento general, y de opinión sobre los potenciales cambios legislativos en la materia. El grupo de estudio se focalizó en 30 abogados litigantes, especializados en las áreas civil y mercantil, con una experiencia profesional de más de 5 años, en edades comprendidas entre los 28 y 60 años y despachos ubicados en la ciudad capital de Guatemala.

en relación a la falta de conocimiento sobre el proceso actual de concursos de acreedores, así como la falta de practica de los mismos, así como también de la necesidad de una reforma de gran calado en el sistema legal Guatemalteco, algunos de los resultados del mismo se transcriben a continuación: Del cien por ciento coincide en que no ha presentado ningún asunto de concurso voluntario, necesario o quiebra ante los Juzgados del país. Se les pregunto también sobre los casos que conocieran en su entorno relacionado con concursos voluntarios, necesarios o quiebras, y el cien por ciento respondió tener conocimiento de los que se han dado con entidades bancarias BANCAFE S.A., BANCO DE COMERCIO S.A. y BANCO METROPOLITANO S.A., y que están reguladas en otras legislaciones con matices muy particulares al tratarse de entidades Bancarias, o de un caso muy conocido en Guatemala, que es el de la Entidad AUTOCASA, S.A. en el cual se estafaron a cientos de personas, pero cuyos concursos se encuentran sin llegar a su final desde el año de 1993. Lo que refleja la poca práctica que existe en la materia y la poca efectividad del proceso existente.

5.1.2. Prácticas comunes sustitutivas de los procesos de ejecución colectiva.

Ante la no utilización de los concursos de acreedores o la quiebra, se desprende que en Guatemala se utilizan otras figuras jurídicas para paliar los casos de deudas o de insolvencia, dependiendo de los actores del comercio se pueden advertir, en el caso de las pequeñas empresas, los “pactos entre

caballeros” o “de palabra” y las garantías reales mobiliarias tales como los montes de piedad. En el caso de las pequeñas y medianas empresas, se dan las garantías inmobiliarias (Hipotecas), los títulos de crédito, como el pagaré, la letra de cambio, el cheque, etc. Las sociedades o grupos corporativos de mayor envergadura evitan el proceso y se sustituye por algún título de crédito o cualquier otra figura que no sean los concursos, buscando proteger los bienes y la seguridad en las transacciones, ya que en los procesos de ejecución colectiva no encuentran la forma de mantener la empresa a flote, o alguna solución que les incentive a solucionar los problemas de insolvencia con mejor impacto económico para los acreedores y para el mismo deudor.

Dentro de las medidas que se utilizan para proteger a los acreedores también se puede mencionar el fideicomiso en administración o en garantía, que por medio de pactos contractuales se establece la forma de proceder en el caso de que la empresa se vea con problemas económicos²⁸⁶.

5.1.3. Afectación de la inoperatividad en materia de concursos y quiebra en la economía guatemalteca y la inversión extranjera.

La inoperatividad de los procesos concursales y de quiebra en Guatemala afectan directamente a la certeza jurídica que los empresarios y particulares nacionales y extranjeros pueden tener al momento de los

²⁸⁶ BONILLA, M., *op. cit.*, p. 16.

intercambios comerciales, y la legislación actual no está conforme a los parámetros y prácticas internacionales sobre la temática concursal, lo que se refleja en los índices de evaluación de la facilidad para hacer negocios del Banco Mundial *Doing Business* ²⁸⁷ que establece que la actividad económica requiere regulaciones eficientes y qué tan fácil o difícil es hacer negocios en un país. Además es utilizado como fuente de información para: 1) Índice Global de Competitividad; 2) MCC (Indicadores del *Millennium Challenge Corporation*); 3) Riesgo País / Calificación Crediticia; 4) Informes de Riesgo Comercial (Data Monitor, Ducroire / Delcredere); 5) Revistas especializadas como *The Economist* y Diarios como *New York Times* y *Wall Street Journal*. Ocupando Guatemala de 189 países el puesto 73 en el ranking general y el 155 de 189 en resolución de insolvencias. Dicho estudio nos refleja lo complejo de la legislación Guatemalteca en materia concursal y las complicaciones que existen en cuanto a la realización de los negocios que hacen insuficiente la legislación existente en la materia y que no existe un clima de seguridad para las inversiones.

La inexistencia en la práctica de procesos concursales y de quiebra es un impedimento claro para el desarrollo económico ya que no se logra la satisfacción colectiva de los acreedores ni al mercado reaccionar frente a empresas insolventes.

²⁸⁷Fuente electrónica:

<http://espanol.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB15-Full-Report.pdf>. Consultada el 26/06/2015.

5.2. Primeros intentos de reforma legislativa en materia de insolvencias en Guatemala. Especial referencia al presupuesto objetivo.

5.2.1. Proyecto de Ley para un Código Procesal General²⁸⁸.

A partir de la legislación vigente en Guatemala en materia de ejecuciones colectivas, contenida en el CPCyM, el primer intento de reforma concursal surgió en un proyecto de ley para un Código Procesal General sobre el mes de noviembre de 2002, el cual se desarrolló con el apoyo del Banco Mundial y el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (PNUD), dentro de muchas otras medidas tenía como objeto el de incorporar de manera general procesos menos formalistas y más funcionales, con tiempos más breves en los plazos y establecer garantías de no discriminación a los litigantes extranjeros. Con el tema de las insolvencias se pretendía reformar el sistema vigente, introduciendo asuntos como facilitar la aprobación de los arreglos voluntarios extrajudiciales; eliminar el requerimiento de que el Ministerio de Economía participara en la Comisión Revisora; establecer métodos de notificación más eficientes; conferir al juez el poder transferir y recuperar los activos de los bienes cuando el deudor hubiera transferido dichos activos de forma fraudulenta. Sin embargo dicho anteproyecto no prospero en el Congreso de la Republica por falta de apoyo.

²⁸⁸ Para mayor información ver proyecto completo en:

<http://www.oj.gob.gt/es/LeyesImportantes/CódigoProcesalGeneralActualizado.htm>, consultado el 23/05/2013.

5.2.2. Borrador de Anteproyecto de Ley de Insolvencias.

Actualmente en Guatemala, como consecuencia de las situaciones planteadas en el presente trabajo, y las tendencias reformistas en Latinoamérica, ha surgido la inquietud para una reforma concursal. Se trata de un Borrador de Anteproyecto de Ley de Insolvencias, que fue presentado el 18 de febrero de 2013 al Ministerio de Economía²⁸⁹ por los Directivos de la Fundación para el Desarrollo (FUNDESA)²⁹⁰, con el argumento que en la actualidad no existe proceso de cierre de empresas normado y las empresas cierran y desaparecen trabajando con otra denominación comercial, estas situaciones afectan a los procesos de pago para empleados, acreedores y accionistas, y proponen que con la implementación de esta nueva Ley, la tasa de recuperación sea al menos de 0.80 centavos de dólar por cada dólar en el término de ocho meses (refiriéndose al tiempo que tardaría el proceso), y que si las empresas tienen aún el capital necesario, después de regularizar sus situación pueden seguir operando de una forma ordenada. Según consultas realizadas a la presente fecha dicho Anteproyecto no ha pasado al Congreso de la República de Guatemala. La denominación que se ha elegido es como

²⁸⁹Ver noticia en: http://www.prensalibre.com.gt/economia/Presentan-proyecto-ley-queiebras_0_868713128.html, consultada el 21/05/2013.

²⁹⁰ FUNDESA se define como: “...Una entidad privada, no lucrativa, conformada por empresarios a título personal. Trabaja como un Centro de Pensamiento que incide para contribuir al desarrollo de forma integral, sostenible y democrática, en una economía de mercado y un estado de derecho, mediante la consolidación de una organización independiente y representativa con un enfoque propositivo y con visión de largo plazo, sobre los temas clave para el desarrollo de los guatemaltecos...”. Tomado del sitio Web de la entidad: <http://www.fundesa.org.gt/cms/>. Consultado el 05/05/2013

“Ley de insolvencias”, y se tomó como base la Ley 18.387 de Uruguay, Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial, porque consideran que es un texto sencillo y de fácil adaptación para Guatemala, así mismo de la Leyes en la materia concursal de España, Colombia y Estados Unidos.

Dicho proyecto está dividido en 14 títulos. El título I²⁹¹ se refiere a la parte introductoria del concurso y regula los presupuestos del mismo, y que para efectos del presente trabajo presenta una vital importancia, tomando en cuenta que en dicho título se establecen los presupuestos del concurso, regulando además la creación del Registro de Concursos como una fuente de información pública y se regula el cargo de Administrador Concursal²⁹², que siguiendo a la legislación española es el funcionario encargado de administrar el concurso,

²⁹¹ Título I. Del Concurso

- Capítulo I. Presupuestos del Concurso
- Capítulo II. Registro de Concursos
- Capítulo III. Administrador Concursal
 - Sección 1 Nombramiento y Registro
 - Sección 2 Obligaciones
 - Sección 3 Rendición de Cuentas
- Capítulo IV. Efectos de la Declaración de Concurso
 - Sección 1. Efectos Sobre el Deudor
 - Sección 2. Efectos Sobre los Acreedores
 - Sección 3. Efectos Sobre los Créditos
 - Sección 4. Efectos Sobre los Contratos

²⁹² En el derecho anglosajón este funcionario es conocido también como Custodio (*Custodian*), y tiene a su cargo no solo el conformar las masas activa y pasiva, sino velar por la protección de los intereses de los acreedores, buscando la mejor alternativa disponible, ya sea esta la reestructuración de la empresa o su liquidación.

eliminando con esta propuesta la dualidad de interventor y síndico. Se regulan también los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor, los acreedores y los contratos.

Una crítica a la primera parte de este proyecto, es el hecho de que se esperarían conceptos que hicieran entender el fondo del proceso concursal, así como los hechos que pueden desencadenar el proceso, atendiendo al desconocimiento de la materia imperante en los profesionales del derecho, jueces, y por supuesto la población en general. Por lo que, con esta propuesta, no se logra superar la ausencia de sustantividad que muchas veces se ha mencionado en este trabajo, ya que para empezar, no se define en qué consiste la insolvencia y se limita a decir que: “...*Se considera en estado de insolvencia, independientemente de la existencia de pluralidad de acreedores, al deudor que no puede cumplir con sus obligaciones...*”, lo que no llega a definir el alcance de dicha insolvencia, además no se especifica a qué clase de obligaciones se refiere, ni tampoco en qué consiste ese incumplimiento.

En el art.6 de dicho anteproyecto se aclara parcialmente la duda en relación al presupuesto objetivo diciendo: “...*Presunciones relativas de insolvencia: El estado de insolvencia del deudor se presume en los siguientes casos:*

1) *Cuando exista un pasivo superior al activo, determinados de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados, adoptados por el Instituto Guatemalteco de Contadores Públicos y Auditores y por el Colegio de Contadores Públicos y Auditores de Guatemala.* 2) *Cuando existan dos o más*

embargos por demandas ejecutivas o por ejecuciones contra el deudor, por un monto superior a la mitad del valor de sus activos susceptibles de ejecución. 3) Cuando existan una o más obligaciones del deudor, con más de tres meses de vencidas. 4) Cuando el deudor hubiera omitido el pago de sus obligaciones tributarias por más de un año. 5) Cuando exista cierre permanente de la sede de la administración o del establecimiento donde el deudor desarrolla su actividad. 6) Cuando, en el caso de acuerdo privado de reorganización, el deudor no se apersone al Juzgado dentro del plazo legal (Artículo 227), o se rechace, anule o incumpla el acuerdo (Artículos 235, 238, 242); 7) Cuando, tratándose de sociedades mercantiles, transcurridos tres (3) meses desde que debieron hacerlo, incumplan con entregar su información financiera al Registro Mercantil. Estas presunciones son relativas, admitiéndose prueba en contrario...”

Esta enumeración de presunciones relativas se podría catalogar como hechos externos que manifiestan el estado de insolvencia del deudor. Sin embargo, la confusión existe en el sentido que en el numeral uno se propone un sistema de pasivo mayor que activo para iniciar el procedimiento que sería el que marcaría el inicio del proceso por una situación económica de fondo lo que en sentido práctico limita a muchas empresas y particulares para acogerse a un concurso, en vista que desde un principio se les calificaría como insolventes. Ya que no necesariamente debe de existir ese presupuesto para iniciar el procedimiento, y podría tratarse de una insolvencia temporal de la que podría salir sin estar dentro de un proceso de insolvencia, hecho que no se especifica. En todo caso a esta definición del presupuesto objetivo se le podría

denominar como mixta, por proponer ambas posibilidades. Lo que sí es claro es que la delimitación del presupuesto objetivo es *numerus clausus*.

Por otro lado, como parte del presupuesto objetivo en el artículo 7 enuncia: “...*Presunciones absolutas de insolvencia.- El estado de insolvencia del deudor se presume, en forma absoluta, en los siguientes casos:*

- 1) *Cuando el deudor solicite su propio concurso.*
- 2) *Cuando el deudor hubiera sido declarado en concurso, quiebra o cualquier otra forma de ejecución concursal por Juez competente del país donde el deudor tenga su domicilio principal.*
- 3) *Cuando el deudor hubiera realizado actos fraudulentos para la obtención de créditos o para sustraer bienes de la persecución de los acreedores.*
- 4) *Cuando exista ocultación o ausencia del deudor o de los administradores, en su caso, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir con sus obligaciones...”*

Se entiende que son presunciones absolutas, porque no aceptan prueba en contrario como las relativas, sin embargo esta situación no es explicada, y se reducen a que se puede desprender un estado de insolvencia cuando es solicitado el concurso por el deudor; en el caso de concursos, quiebras o cualquier otra forma concursal dictados por jueces en donde esté el domicilio principal de la Entidad, y luego en los apartados 3 y 4, regula situaciones que podrían ser en otras circunstancias situaciones delictuales. Según lo que puede interpretarse de este artículo la insolvencia operaría automáticamente, y se continuaría la tendencia de la manifestación de hechos externos de insolvencia.

En relación a la Insolvencia tampoco se hace referencia a la previsión ya que no se plantea una insolvencia inminente en ningún apartado, sino más bien se plantea solo el supuesto de una insolvencia actual, lo que limita el acceso al concurso en situaciones primigenias de una situación de insolvencia que podría revertirse con el factor tiempo.

Sobre las clases de concursos las enumera sin describir detalladamente en qué consisten o cuales serían los supuestos: “...*Clases de concurso: el concurso será voluntario cuando sea solicitado por el propio deudor, a condición de que no exista una solicitud de concurso previa, promovida por alguno de los restantes legitimados legalmente. El concurso será necesario en los restantes casos...*”

Se deja las puertas abiertas a que el sujeto activo sea cualquier deudor, sin especificar de qué tipo, y en relación al acreedor se enuncia en el artículo 1º., que el estado de insolvencia para iniciar el concurso es indistinto a la existencia de pluralidad de acreedores, lo que se traduciría en sustitución de muchos procesos que son exclusivos para este tipo de asuntos como lo son las ejecuciones personales, los títulos de crédito, o cualquier otra figura jurídica delimitada al caso de un solo deudor con un solo acreedor.

Otra crítica hacia la primera parte del proyecto es que no se hace una enumeración de los principios informadores del derecho concursal, o los fines principales del proceso, lo que se considera necesario para establecer

parámetros jurídico-doctrinarios para entenderlo, y sobre todo en el ámbito guatemalteco, carente de conocimientos y práctica en la materia, por lo que podría mejorarse estableciendo claramente que dicha ley está basada en: 1. Satisfacer los créditos como finalidad principal. 2. Que se busca el reflotamiento de empresas viables. 3. El mantener los puestos de trabajo y, 4. La protección de los intereses públicos. Entre otros principios que pueden definirse también y que han sido objeto de estudio, tales como la Unidad de Procedimiento, celeridad y flexibilización, entre otros.

Como nota interesante se permite al deudor continuar administrando sus bienes en conjunto con el Administrador Concursal, teniendo el deudor limitadas facultades para disponer y obligar a la masa del concurso, exceptuando el caso de un concurso necesario o cuando el activo no es suficiente para cubrir el pasivo, en cuyo caso la administración solamente será ejercida por el Administrador Concursal, quedando la legitimación del deudor con relación a la masa limitada a actos personalísimos, a bienes inembargables, a la presentación de propuestas de convenio y a la impugnación o interposición de recursos contra la actuación del Administrador Concursal o en contra de resoluciones judiciales.

Se regula la posibilidad de que los acreedores fiduciarios designen una comisión de acreedores que vigile el desarrollo de los procedimientos y coadyuve en encontrar soluciones alternativas a la situación del deudor. Al administrador concursal se le da la facultad de presentar acciones en contra de socios y accionistas, o acciones de responsabilidad en contra de

administradores integrantes del órgano de control interno y liquidadores, en los casos de actos de administración que hubieran dañado al deudor.

Luego de declararse el concurso, los acreedores de créditos anteriores a la declaratoria no pueden promover procedimientos judiciales o arbitrales de ningún tipo contra el deudor, a excepción de los procesos de familia sin contenido patrimonial y los juicios laborales. No podrán promoverse ejecuciones contra el deudor, incluyendo créditos prendarios, con garantía mobiliaria o hipotecaria. Las ejecuciones que estén en trámite en el momento de la declaratoria, quedaran en suspenso y pasarán para su conocimiento por el Juez del concurso. Al pasar cuatro meses de la declaratoria del concurso, puede promoverse o continuarse dicha ejecución ante el Juez del Concurso.

Dentro de los efectos sobre los créditos se puede mencionar que se convierten a quetzales²⁹³, todos los créditos que estén en moneda extranjera, y se suspende el derecho a devengar intereses. Se prohíbe la compensación de créditos con deudas del deudor, se suspende el derecho a retención sobre bienes y derechos de la masa activa, así como los plazos de prescripción y caducidad de las acciones en contra del deudor.

De los efectos sobre los contratos que originen obligaciones del deudor pendientes de ejecutar, se podrían rescindir unilateralmente por el Administrador Concursal o el deudor, con autorización judicial. Sin embargo, se

²⁹³ La moneda nacional de Guatemala se denomina "Quetzal".

prohíbe la resolución del contrato por el hecho de la insolvencia o declaración del concurso. En relación a los contratos de trabajo, no se rescindirán por la declaración del concurso y el pago de las deudas a funcionarios o personal de alta dirección, tales como Gerentes, Directores, etc., podrá ser aplazado hasta que quede firme el auto de calificación del concurso. El objetivo de estas medidas es proteger la masa activa, rescindiendo contratos cuya continuación o conservando vigentes contratos cuya terminación es contraria a los intereses de la reestructuración o liquidación.

El Título II²⁹⁴ se refiere a la Declaración Judicial de Concurso, y se desarrollan los requisitos y el trámite de la solicitud, el auto declaratorio del concurso y medidas cautelares. Se propone el uso de formularios para quitar formalismos al proceso. Se introduce la oralidad del procedimiento en la medida de lo posible, adoptando el sistema de los incidentes que se utiliza en el proceso penal y que fue sugerido con anterioridad dentro del Proyecto del Código Procesal General. Promovido el incidente se fija una audiencia para escuchar a los que corresponda y luego se dicta la sentencia por el Juez. Se busca reducir plazos y la justicia pronta y cumplida, obligando al Juez a resolver sin mayor dilación, y solo dar un plazo mayor en el caso de determinadas materias. Están reguladas también en este título las medidas

²⁹⁴ El Título II. Declaración Judicial de Concurso

Capítulo I. Disposiciones Procesales

Capítulo II. Trámite

Capítulo III. Auto de Declaración de Concurso

Capítulo IV. Medidas Cautelares

cautelares que se pueden dictar. Se establece la supletoriedad en la aplicación del Código Procesal Civil y Mercantil.

El título III²⁹⁵ contempla todo lo relativo a la formación de la masa activa, incluyendo la reintegración de activos que hubieran salido de manos del deudor en forma fraudulenta o en perjuicio de los acreedores, y que podrían considerarse contrarias al interés patrimonial del deudor o en fraude de los acreedores, para evitar la fácil disposición de bienes, lo que buscaría contrarrestar las actuales prácticas de constitución de garantías reales, fideicomisos o traslado de bienes a familiares o terceros pudiéndose revertir.

El título IV²⁹⁶ se refiere a la formación de la masa pasiva desde la verificación hasta la clasificación de los créditos, así como las comunicaciones del concurso a los acreedores quienes tendrán 2 meses para solicitar al Juez que verifique la existencia de sus créditos, exceptuando los reconocidos en sentencia o laudo que ya no requerirán verificación.

²⁹⁵ Título III. Formación de la Masa Activa

Capítulo I. Composición de la Masa Activa

Capítulo II. Conservación y Administración de la Masa Activa

Capítulo III. Reintegración de la Masa Activa

Capítulo IV. Reducción de la Masa Activa

Capítulo V. Deudas de la Masa Activa

²⁹⁶ Título IV. Formación de la Masa Pasiva

Capítulo I. Verificación de los Créditos

Sección 1. Solicitud de Verificación

Sección 2. Procedimiento de Verificación

Capítulo II. Clases de Créditos

A continuación verificados los créditos el Administrador Concursal prepara lista de acreedores para conformar la masa pasiva, clasificando los créditos en privilegiados, que a su vez pueden ser con privilegio especial, tales como los garantizados con prenda, garantía inmobiliaria o hipoteca, inscritos en los registros respectivos a la fecha del concurso, y privilegio general aquellos que sean laborales, los de tributos exigibles y otros, fiduciarios o comunes, y de segundo orden que serían aquellos cuyos titulares sean personas, tanto naturales o jurídicas, especialmente relacionadas con el deudor²⁹⁷.

En la clasificación de los créditos se da un cambio sustancial, ya que el CPCYM vigente gradúa los créditos así: 1. Costas de la quiebra. 2. Acreedurías por alimentos y trabajo personal. 3. Acreedurías por gastos de última enfermedad, funeral, testamento, inventario y proceso sucesorio. 4. Acreedurías establecidas en escritura pública, por orden de sus fechas. Y, acreedurías comunes.

El título V²⁹⁸ se refiere a la conformación de la Junta de Acreedores y, cuando sea procedente la integración de una comisión de Acreedores para

²⁹⁷ Los de Segundo orden son los equivalentes a los subordinados en otras legislaciones, sin embargo por sugerencia de la Superintendencia de Bancos de Guatemala, se le cambio la denominación para que no se confundan con las obligaciones subordinadas o créditos regulados en la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002, del 13 de mayo, del Congreso de la República de Guatemala.

²⁹⁸ Título V. Junta y Comisión de Acreedores
Capítulo I. Junta de Acreedores

participar más activamente en el proceso. La Junta de Acreedores constituida por los acreedores cuyos créditos hubieran sido reconocidos, deberá conocer del Informe del Administrador Concursal, de la propuesta de convenio y del nombramiento de la Comisión de Acreedores.

El título VI²⁹⁹ regula todo lo relativo al Convenio de Acreedores, su aprobación y autorización judicial, su cumplimiento e incumplimiento, cuyo contenido permite quitas, esperas, cesiones, constitución de sociedad, capitalización de pasivos, creación de fideicomisos y la reorganización de la sociedad. Se establece como un método de flexibilización ante la liquidación que se daría en el caso de que los acreedores no aprueben el convenio o el deudor incumpla el convenio.

En el título VII³⁰⁰, se regula la liquidación de la masa activa y pago a los acreedores. La calificación del concurso se encuentra en El título VIII³⁰¹ y lo

Capítulo II. Comisión de Acreedores

²⁹⁹ Título VI. Convenio

Capítulo I. Propuesta de Convenio

Capítulo II. Consideración y Votación de la Propuesta

Capítulo III. Convenios de Cesión del Activo

Capítulo IV. Aprobación Judicial del Convenio

Sección 1. Oposición a la Aprobación del Convenio

Sección 2. Efectos de la Aprobación Judicial del Convenio

Capítulo V. Adhesiones a la Propuesta de Convenio

Capítulo VI. Cumplimiento e Incumplimiento del Convenio

³⁰⁰ Título VII. Liquidación y Pago

Capítulo I. Liquidación de la Masa Activa

califica como fortuito o culpable, siendo culpable cuando en la producción de la insolvencia hubiera existido dolo o culpa grave del deudor o de los administradores, y fortuito en los demás casos. Se separa el hecho de la calificación de culpable de los posibles procesos penales que pudieren surgir del actuar del concursado, y dejan de ser sujetos de acciones penales por el simple hecho de ser concursados.

La suspensión del concurso se regula en el título IX³⁰² y se establecen los casos cuando existe falta de activos para terminar de pagar a los acreedores, evitando continuar con un proceso innecesario, y por otro lado al transcurrir 10 años desde que se decretó la suspensión del concurso, el íntegro cumplimiento del convenio o la íntegra satisfacción de los acreedores y que obligan a la conclusión del concurso, entre otros presupuestos.

Los acuerdos privados de reorganización están en el título X³⁰³ como una vía alterna para una solución privada de la insolvencia, siempre sujeto el

Capítulo II. Pago a los Acreedores

³⁰¹ Título VIII. Calificación del Concurso

³⁰² Título IX. Suspensión y Conclusión del Concurso

Capítulo I. Disposiciones Comunes

Capítulo II. Suspensión del Concurso

Capítulo III. Conclusión del Concurso

³⁰³ Título X. Acuerdo Privado de Reorganización

Capítulo I. Celebración del Acuerdo

Capítulo II. Trámite de la Homologación

Capítulo III. Oposición

Capítulo IV. Publicidad y Efectos

mismo a una homologación judicial, buscando soluciones con los acreedores que permitan la viabilidad del convenio, deja siempre la opción a iniciar el concurso de no cumplirse con dicho acuerdo.

En el título XI³⁰⁴ se crea la figura de los pequeños concursos, definiendo como tales aquellos cuyo pasivo no exceda de cuatro millones de quetzales (cuatrocientos mil euros aproximadamente), así como el caso de los abandonos de empresas.

Una incorporación interesante es el contenido en el título XII³⁰⁵ que se dedica a la insolvencia transfronteriza, y para la que se tomó como base la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la insolvencia transfronteriza, y con la que se permite el acceso a los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales de Guatemala, así como el reconocimiento de procesos seguidos en el extranjero, medidas cautelares y normas de cooperación entre tribunales de distintos países, los representantes extranjeros y la regulación de procesos paralelos.

Capítulo V. Cumplimiento e Incumplimiento del Acuerdo

³⁰⁴ Título XI. Pequeños Concursos y Abandono de la Empresa

³⁰⁵ Título XII. Insolvencia Transfronteriza

Capítulo I. Disposiciones Generales

Capítulo II. Acceso de los Representantes y Acreedores Extranjeros a los Tribunales de la República de Guatemala

Capítulo III. Reconocimiento de un Proceso Extranjero y Medidas Otorgables

Capítulo IV. Cooperación con Tribunales y Representantes Extranjeros

Capítulo V. Procesos Paralelos

Los únicos aspectos penales están en el título XIII³⁰⁶ en dos artículos en los que se restringe a lo que denomina fraude concursal, que se daría en los casos en los que fuera de lo establecido en el código penal sobre el concurso y que en oportunidad de la solicitud del concurso o en cualquier etapa posterior, exagere u oculte su activo o su pasivo, reconozca o aparente privilegios inexistentes o constituidos ilícitamente, sustraiga o esconda los libros sociales, acuerde u otorgue a sus acreedores, con cargo a la masa activa, ventajas particulares en razón de su voto. Por otro lado también regula la obligación de denunciar ante el Ministerio Público, al Juez del concurso, el Administrador Concursal, los auxiliares técnicos o los peritos en el ejercicio de sus funciones tuvieran conocimiento de hechos o circunstancias que en su opinión se configuren como un delito previsto como fraude concursal o cualquier otro delito. Se tipifica pues un delito, con lo que no se logra deslindar totalmente este proyecto de los aspectos penales, además que son dos figuras muy generales que pueden dar a confusión en la práctica.

Por último, el Título XIV regula las Disposiciones Complementarias, Transitorias y Especiales, dentro de las cuales básicamente se buscaría armonizar el texto del proyecto con otras leyes, en particular del código de comercio vigente, en búsqueda de transparentar el funcionamiento de las sociedades en el país.

³⁰⁶ Título XIII. Disposiciones Penales

A pesar de las críticas vertidas en este estudio sobre el proyecto, a favor del mismo se puede decir que es una idea innovadora y oportuna aunque insuficiente permitiría avanzar en el aspecto de unidad de procedimiento y unidad legislativa, ya que se procura reducir plazos para una economía procesal, y se promueven los convenios entre deudor y acreedor, la creación de la figura del administrador concursal, proponiendo que sea una persona versada en temas concursales, de manera muy parecida a como se regula en la Legislación Española.

Por otro lado, es de destacar la notable participación que se le da a los acreedores dentro del concurso con la creación de la comisión de acreedores. Además la creación del Registro de Concursos, así como los cambios que se proponen en cuanto a la publicación anual de estados financieros de las Sociedades Mercantiles, las regulaciones pertinentes a los pequeños concursos, para fortalecer la situación de la PYMES, y el abandono de empresas. Otra innovación importante de mencionar es la regulación de insolvencia transfronteriza, en casos de sociedades extranjeras con sucursales en Guatemala, o viceversa.

Como conclusión, a pesar de las carencias que presenta este Borrador de Anteproyecto de Ley, sobre todo en aspectos sustantivos, al no haberse presentado en el Congreso de la República de Guatemala, todavía será objeto de muchas modificaciones, dentro de las que pueden agregarse las manifestadas en este trabajo, si se decide llevarla a término y funcionamiento, pero para la situación actual, es un gran paso que puede concretarse en el

inicio de una reforma integral de la Legislación Concursal Guatemalteca, que como se ha podido ver en muchas legislaciones es un largo trabajo de política jurídica que solamente evoluciona conforme su aplicación práctica y el tiempo.

5.3. Propuestas para una reforma en materia concursal en la legislación Guatemalteca a partir de la definición del presupuesto objetivo del concurso.

Entendemos que las propuestas para una reforma integral en el derecho Guatemalteco en temas de concursos de acreedores y de quiebra deben partir desde cero, lo que redundará en “crear” una cultura concursal, obviando toda la legislación existente con anterioridad, para propiciar un marco moderno y acorde con las prácticas internacionales en la materia, un sistema fluido, simple y de confianza tanto para las relaciones internas como internacionales, y es necesaria e imprescindible con mecanismos eficientes en la lucha en contra de la insolvencia como garantía para todos los grupos de interés en el comercio³⁰⁷.

³⁰⁷ Como sucedió en España con la llamada “Gran Reforma”, que se llevó a cabo con la implementación de la Ley Concursal Ley 22/2003, de 9 de Julio, que surgió en un contexto en el que existía una normativa dispersa en el tiempo desde el Código de Comercio de 1.829 a las modificaciones parciales que se fueron dando en el tiempo, y que no resolvían el fondo del asunto y que contribuían a aumentar la dispersión y confusión, de esta necesidad práctica surgió la ley vigente que sigue en continua reforma adaptándose a los cambios políticos, económicos y sociales, como se desprende de las profundas reformas contenidas en la Ley 9/2012 de 14 de noviembre y el Real Decreto 1.333/2012 de 21 de septiembre, para ahondar sobre el desarrollo y motivaciones del anteproyecto de la vigente Ley Concursal en España puede verse: OLIVENCIA RUIZ, M., “Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho

Como se ha visto en apartados anteriores la misma práctica jurídica reclama una reforma concursal de raíz, tomando en cuenta que las empresas en dificultades no tienen soluciones viables y específicas que regulen de forma ordenada un intento por remontar la empresa o de liquidarla sin mayores consecuencias que atenten en contra de la fluidez comercial y de las posibilidades de los acreedores de recuperar sus adeudos, por lo que con la reforma se deben buscar soluciones justas a los problemas existentes.

La importancia de crear sistemas eficientes de trato a la insolvencia es reconocida como elemento de la estabilidad del sistema financiero debido a que ayudan a asegurar el acceso eficiente al financiamiento y a la asignación de recursos, aumentando la productividad y el desarrollo. Estos procesos permiten a los comerciantes que administren de mejor forma su riesgo financiero y otras dificultades en los sectores empresariales de manera oportuna, para minimizar el riesgo sistemático, particularmente en el sistema bancario³⁰⁸. Según varios estudios los regímenes de insolvencia funcionalmente buenos son necesarios para asegurar la disciplina financiera en las economías de mercado exitosas³⁰⁹. Como consecuencia, se ha demostrado

español y en el Derecho comparado“. En: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal”, *op. cit.*, pp. 29-45.

³⁰⁸ Informe del Banco Mundial. “CREDITOR RIGHTS AND INSOLVENCY STANDARD”. Versión revisada. Pág. 3. Washington, 20 de enero de 2011.

³⁰⁹ CRIMIZI, E.; KLAPPER, L.; UTTAMCHANDANI, M., “Papel de trabajo de investigación de políticas 5448 (WPS5448) “*The Challenges of Bankruptcy Reform*”, Banco Mundial, Grupo de Investigación de Desarrollo, Equipo de Desarrollo del Sector Privado y Financiero. Washington, octubre 2010. p. 5.

que la ausencia de procedimientos de insolvencias ordenadas y efectivas puede exacerbar las crisis económicas y financieras para incentivar el crecimiento y la competitividad así como prevenir y resolver las crisis financieras. Por otro lado los regímenes de insolvencia resultan de gran importancia para la asignación de riesgos entre participantes en una economía de mercado en una forma predecible, equitativa y transparente³¹⁰.

De conformidad con el principio de los objetivos y políticas clave del Banco Mundial para el marco legal de la insolvencia³¹¹, y de los objetivos fundamentales de un régimen de insolvencia establecidos por la Comisión de las Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)³¹², la efectiva regulación de los regímenes de insolvencia resulta trascendental para:

- i. Dar seguridad al mercado para promover la estabilidad y crecimiento económicos.
- ii. Maximizar el valor de los activos y recuperaciones de una entidad.
- iii. Proveer una liquidación eficiente, tanto de empresas no viables como de aquellas empresas cuya liquidación provea mayor retorno a los acreedores, al igual que la reorganización de un negocio viable.
- iv. Establecer un balance prudente entre la liquidación y reorganización, permitiendo la

³¹⁰ Departamento Legal, Fondo Monetario Internacional. “*Orderly & Effective Insolvency Procedures. Key Issues*”. Washington 1999. pp. 1-2.

³¹¹ Informe del Banco Mundial 2011, “Principios para regímenes efectivos de Acreedores/Deudores e Insolvencia (Versión Revisada)”, Washington, 20 de enero 2011. p. 15.

³¹² CNUDMI. “Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia”, New York, Estados Unidos de Norteamérica, 2006. pp. 12-16.

conversión entre uno y otro procedimiento. v. Proveer tratamiento equitativo a los acreedores que se encuentren en situaciones similares, sean estos acreedores locales o extranjeros. vi. Proveer la resolución oportuna, eficiente e imparcial de las insolvencias. vii. Prevenir el uso inadecuado del sistema de insolvencias. viii. Prevenir la desmembración prematura de los activos del deudor por acreedores individuales que buscan ejecuciones rápidas. ix. Proporcionar un procedimiento transparente que contenga y consistentemente aplique reglas claras, en cuanto a la asignación de riesgo e incentivos para obtener y facilitar información. x. Reconocer derechos de crédito existentes y respetar la prioridad de los reclamos, con un proceso predecible y preestablecido. xi. Establecer un marco para insolvencias transfronterizas, con reconocimiento de procesos extranjeros.

Lo anterior demuestra la necesidad de una ley que permita el establecimiento y reconocimiento de:

- i. Los derechos equitativos, según sea el caso, entre acreedores y deudores.
- ii. El mecanismo que permita optimizar y maximizar el valor de una entidad insolvente para que pueda hacer frente a sus acreedorías.
- iii. La posibilidad de reorganizar empresas financieramente viables y solventar situaciones de insolvencia de forma rápida y con máximo retorno posible, a un costo razonable.

En todo caso, se debe anteponer el saneamiento a la liquidación como fin del concurso, ya que hasta hoy la liquidación ha sido el fin normal del concurso en Guatemala, y que ha sido concebido como una ejecución universal

de todos los acreedores sobre el patrimonio del deudor común, por lo que debe de haber un profundo cambio de ideología concursal. No puede inspirarse en una relación dialéctica de deudor y acreedores, ni en la finalidad de satisfacer los intereses de éstos a expensas de la realización y distribución del patrimonio de aquel, respondiendo el saneamiento no solo a los intereses de los acreedores sino a otros intereses generales, públicos y sociales de la economía nacional y de los trabajadores, que buscan la conservación de las empresas viables³¹³.

Así pues, la nueva reforma en materia concursal Guatemalteca debe de estar bien fundamentada y acompañada de estudios jurídicos, económicos y estadísticos³¹⁴. Además de contar con la voluntad política para que todos éstos se materialicen en una ley concreta y se creen los mecanismos respectivos para lograr el éxito y la aplicación debida, ya que con ésta surgen nuevas instituciones que deben de poner en funcionamiento todo lo plasmado en papel. En esa línea, el Organismo Judicial debe plantearse la creación de órganos especializados en materias concursales, dependiendo de la competencia por razón de la materia que se adjudique, ya sea como Juzgados de lo Mercantil, si se toma como ejemplo el caso de España, o Juzgados de Concursos, como se denominan en Uruguay.

³¹³ OLIVENCIA RUIZ, M., *op. cit.* p. 35.

³¹⁴ Dentro de los datos estadísticos y estudios necesarios que se proponen, se pueden mencionar el estudio de los tipos empresariales más utilizados; porcentajes y peso de los comerciantes individuales; número y forma de las empresas que desaparecen por causas económicas cada año.

Por otro lado, se deben tener muy en cuenta la capacitación y opiniones de los órganos estatales como el Organismo Judicial, Organismo Ejecutivo, por medio de sus representantes en materias de economía, trabajo y seguridad social, los representantes de los Trabajadores, Los representantes de los Empresarios, el Banco de Guatemala, los Colegios Profesionales de Abogados y de Economistas; así como las Universidades, por medio de los decanos correspondientes en sus facultades de Derecho y Economía, Abogados ejercientes, y particulares. Todo esto debido a que participan de una manera directa o indirecta en las relaciones comerciales que son susceptibles de reforma, en temas de insolvencia, haciendo aportes para estructurar coherentemente la ley con la realidad y el contexto actual, y luego al estar en funcionamiento los procesos concursales promover de parte de estos mismos entes procesos de difusión de información por medio de campañas nacionales, con el fin de educar a los agentes involucrados como lo son los jueces, magistrados, abogados, académicos, empresarios, así como a la ciudadanía en general.

Es necesario estudiar la experiencia de otros países que han pasado por este proceso que tengan alguna relación o nexo con la legislación o situación actual en Guatemala, y que como hemos visto en el caso de la Legislación Española, han tenido un largo recorrido para hacer funcionar todo ese andamiaje legal y procedimental, lo que deja muy claro que estas reformas con tanta incidencia y de tanta importancia, no puede hacerse a la ligera, ni en tan poco tiempo, lo importante es comenzar, y la práctica irá dando pautas sobre

su funcionamiento y su continua revisión, conforme se vayan adecuando los procedimientos a la realidad social que siempre es cambiante³¹⁵.

Planteada la reforma como viable, es necesario definir el derecho concursal más congruente con la realidad, económica, socio-política, y presupuestaria del estado. Según las actuales prácticas internacionales en la materia, el proceso concursal en general, tiene un esquema básico que está dividido en dos fases fundamentales: a) Fase de convenio o reorganización que busca un acuerdo con los acreedores y de esta manera reestructurar los pagos para que los pueda realizar el deudor insolvente o próximo a caer en un estado de insolvencia; y, b) Una fase de liquidación, que surge como última alternativa, al no existir acuerdo entre los acreedores y el deudor, o al no tener

315 Según ESTEBAN F. VAN HEMMEN con la teoría del "law and finance", ósea teoría legal de las finanzas sostiene que las leyes e instituciones CONCURSALES influyen sobre el sistema financiero y la economía. así la evidencia obtenida a partir de 49 países sugiere que proteger a los acreedores en las etapas concursales promueve el desarrollo de los mercados de crédito (es decir, el peso del crédito respecto al PIB). A su vez un mayor acceso al crédito contribuye al crecimiento de la economía productiva (medida a por artículo de variaciones a medio y largo plazo del PIB. La legislación CONCURSAL es, según esta teoría un elemento relevante para los responsables de la política económica. Desde la perspectiva del diseño del sistema CONCURSAL, los resultados sugieren que los sistemas liquidatorios fomentan la actividad económica, en lugar de destruirla. Concretamente los costes por la posible LIQUIDACION de empresas eficientes durante la fase CONCURSAL compensan por el mayor acceso al crédito en las etapas preconcursales. MOYA BALLESTER, J. "De la conclusión del concurso sin. Masa de las sociedades de capital", En: *Anuario de derecho concursal*, número 29 mayo- agosto 2013. Ed. Aranzadi, Navarra, Pamplona, 2013. p. 143.

la capacidad de pago, o bien porque dicho acuerdo no es aceptado por el Juez³¹⁶.

Este esquema surge del punto cero al que hacíamos referencia y se concreta con una nueva conceptualización general, cuyo factor desencadenante es el suceso que lleva a encuadrar hechos y actos al inicio del proceso conocido como presupuesto objetivo y que se refleja en la INSOLVENCIA, el cual debe de ser común a los posibles deudores independientemente si son comerciantes o no comerciantes. Es decir, independientemente de la solución que se opte, ya sea convenio o liquidación. La insolvencia sea el suceso que abra las puertas al proceso concursal, independientemente de sus causas o de los sujetos que lo inicien.

Dicha insolvencia debe ser entendida como el sobreseimiento general de pagos o la cesación de pagos con base a hechos objetivos de fácil constatación, aquellos hechos que como manifestación externa sean sustento para reflejar la situación de insolvencia del deudor, y no como se ha hecho hasta ahora como el criterio del pasivo superior al activo, según el balance de la empresa o la insolvencia “real”, esto para permitir la viabilidad de muchas empresas que tienen un cese temporal del cumplimiento de sus obligaciones pero que tienen potencial de cumplir con el déficit que se presenta.

³¹⁶ MUÑOZ PAREDES, J., e IRIBARREN BLANCO, M., FIRMA J&A, GARRIGUES S.L. y la Universidad de Oviedo, España, “Informe sobre el nuevo derecho de los concursos y quiebras en Guatemala”, Emitido a solicitud del Banco Interamericano de Desarrollo y Fundación para el desarrollo de Guatemala (FUNDESA), 25/04/2011. p. 26.

Se debe entender pues que el concurso ha de llegar a tiempo de salvar, y esa exigencia de oportunidad determina un cambio en el presupuesto objetivo de la declaración judicial, por lo que la temporalidad en la aplicación del concurso se convierte en algo vital, y trae a colación la idea de remedio de un mal, y sugiere espontáneamente las referencias a metáforas médicas en el sentido que: “... *la acción debe llegar cuando el mal existe pero todavía es remediable, no incurable, y aún más el mal debe ser prevenido, y, en su momento, detectado cuanto antes...*”³¹⁷.

En ese sentido, una opción valedera en el caso de la reforma concursal en Guatemala, es la de propiciar la constatación de la insolvencia en etapas tempranas, para que las empresas se conserven viables, y en casos en los que existan dificultades económicas temporales, lo que permitiría que el deudor presente solicitud de insolvencia y en los casos en los que prevean la incapacidad de pago o insolvencia inminente, es decir, que están prontos a cesar en el pago corriente de sus obligaciones exigibles. Con esta posibilidad no solamente se conocerían casos de insolvencia actual sino también de posibles situaciones que pueden sobrevenir, tomando en cuenta los hechos de fácil constatación que se han mencionado anteriormente³¹⁸.

³¹⁷ OLIVENCIA RUIZ, M. *op. cit.* p. 41.

³¹⁸ Algunos países que tienen regulada la insolvencia actual e inminente como opciones de inicio del proceso concursal son: España, que regula en el artículo 2 de la LC. la posibilidad de la declaración del concurso de acreedores por insolvencia inminente; Uruguay, que establece en los artículos 15 de su Ley Concursal la insolvencia como la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones con independencia de la existencia o no de una pluralidad de acreedores, con una presunción *iure et de iure* por el hecho de que el deudor sea quien

Otra medida, relacionada con el presupuesto objetivo del concurso, que puede dar fluidez y posible recuperación empresarial sería establecer la obligación del deudor de solicitar el concurso de acreedores en caso de insolvencia, en determinado tiempo como se hace en algunas legislaciones, como por ejemplo, la uruguayana que regula en el artículo 10 de su Ley Concursal que el deudor está obligado a solicitar el concurso dentro de los treinta días siguientes a aquel en el que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, o la LC de España que en su artículo 5 impone el deber al deudor dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

5.3.1. Prácticas internacionales en materia concursal a tener en cuenta en la reforma concursal guatemalteca.

Para acometer a una reforma estructural en materia concursal en Guatemala, es necesario entender de donde viene esa necesidad que se exterioriza a través de los hechos políticos y económicos a nivel internacional que han provocado una escalada de reformas en Latinoamérica, con reciente tradición Concursal, y tomar en general las prácticas internacionales que pueden ser aplicables al sistema legal guatemalteco. A partir de las crisis financieras que se dieron en los mercados de países emergentes en los 90`s, el Foro de Estabilidad Financiera, el Banco Mundial y el Fondo Monetario

presenta la solicitud de insolvencia, y Colombia que regula en el artículo 9 de su ley concursal la cesación de pagos o incapacidad de pago inminente.

Internacional señalaron los sistemas confiables de insolvencia y de derechos de acreedores, como una de las 12 áreas primordiales para la estabilidad del sistema financiero³¹⁹. Tomando en cuenta el índice anterior, la iniciativa de Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional en cooperación con otros organismos financieros multilaterales como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la CNUDMI y la asociación profesional especializada INSOL INTERNATIONAL buscaron establecer principios de referencia y estándares para la legislación de los sistemas de insolvencia efectivos³²⁰. El resultado de ese trabajo se tradujo en la elaboración y desarrollo de instrumentos y herramientas para el mejoramiento, adaptación, modernización y adecuación de las legislaciones internas, a las corrientes y estándares internacionales. Algunos de estos son:

- a. Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza. CNUDMI, UNIDROIT, 1997³²¹.
- b. Procedimientos de Insolvencia Ordenados y Efectivos. Asuntos Clave. Fondo Monetario Internacional, 1999.
- c. Guía de Principios para sistemas derechos de acreedores/deudores e insolvencia efectivos. Banco Mundial, 2001.
- d. Guía Legislativa Sobre el Régimen de la Insolvencia. CNUDMI, 2004³²².

³¹⁹ JOHNSON, G., "Revitalización de los ambientes de negocios: Un nuevo examen de las bases de confianza", Bando Mundial. Rio de Janeiro, Brasil. Junio 2004. p. 30.

³²⁰ Informe del Banco Mundial. "*Creditor rights and insolvency standard*". Versión revisada. Washington, 20 de enero de 2011. p. 3.

³²¹ Resolución 52/198. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas. New York, 30 de enero de 1998.

En junio de 1999 las regulaciones de los sistemas de insolvencia en Latinoamérica, eran muy antiguas, formalistas, no aplicadas, desfasadas con las prácticas comerciales y considerablemente inclinadas a favor de preservar la empresa para proteger el empleo a costa de la protección de los acreedores. Más aún, la toma de decisiones judiciales era impredecible y la corrupción era rampante.

Para entonces se establecieron 5 problemas principales en esos regímenes: Las leyes eran rígidas, formalistas y antiguas; el alto grado de discreción judicial en la toma de decisiones incrementaba la falta de certeza y los riesgos de corrupción; la corrupción; la inexistencia de una “cultura de rescate”; y el trato privilegiado e inequitativo a los acreedores laborales frente a los demás.

Como solución se propusieron alrededor de ocho temas esenciales para la reforma concursal: Lucha contra la corrupción; Desvinculación de los asuntos de insolvencia de lo penal; Promoción de la transparencia; Énfasis en la preservación del negocio en marcha antes de y durante la insolvencia; Protección de las garantías; Reducción de los plazos en los procesos de

³²² Resolución 59/40. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas. New York, 16 de diciembre 2004.

insolvencia; Promoción de la colaboración en insolvencias transfronterizas; y Promoción de tribunales especializados y capacitación³²³.

En junio de 2004, tuvo lugar una amplia reforma legislativa en Latinoamérica, especialmente en Suramérica. Perú, con la aprobación del *Decreto Ley N. 26116, Ley de Reestructuración Empresarial*, sustituyó a la anterior *Ley Procesal de Quiebras* en 1993. En 1999 en Colombia se aprobó la Ley 550, la cual contenía un procedimiento administrativo para casos de insolvencia, bajo la supervisión de la *Superintendencia de Sociedades*. Ecuador introdujo reformas en 1997 y 2000. En Mayo de 2000, entró en vigor en México la nueva *Ley de Concursos Mercantiles*, en reemplazo de la *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos*. Argentina hizo una reforma importante en el año 2002 con la ley 25.589, para abordar problemas surgidos en el contexto de la crisis financiera. En el 2003, la Cámara de Diputados de Brasil aprobó la “*Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*”; y Bolivia promulgó en el 2004 la *Ley de Reestructuración Voluntaria No. 2495*³²⁴. En Guatemala, por medio del Decreto 19-2002 del Congreso de la República, *Ley de Bancos y Grupos Financieros*, se introdujeron reformas considerables al tratamiento de las deficiencias patrimoniales bancarias y de entidades financieras, introduciendo también disposiciones relacionadas con el tratamiento de grupos empresariales de índole financiero en casos de insolvencia.

³²³ ROWAT, M., “Reforming Insolvency Systems in Latin America” (Note No. 187), Sector Privado de Finanzas e Infraestructura de Redes, Grupo Banco Mundial. Washington, junio 1999. pp. 1-4.

³²⁴ JOHNSON, G., *op. cit.* p. 21.

Entre los años 2004 y 2011, se continuaron realizando avances en la reforma latinoamericana de los regímenes de insolvencia. En 2005 entró en vigor la nueva Ley aprobada en Brasil en 2003. Por su parte Chile reformó su sistema concursal a través de las leyes 20.004 y 20.073 de 2005; en 2006 Colombia promulgó la Ley 1116 que reformó el régimen de insolvencia empresarial. En 2007 México introdujo reformas a la *Ley de Concursos Mercantiles*. Y en 2008 Uruguay promulgó la ley No 18.387 que reformó por completo el régimen concursal vigente para ese entonces. Actualmente existe una propuesta de reforma concursal en Chile, que busca un proceso concursal con menos pasos y con plazos reducidos, y en Colombia, que busca ajustar aspectos prácticos de la aplicación de la Ley 1116.

En síntesis, los países mencionados han implementado nuevas legislaciones en temas concursales, lo que influye en los demás del entorno, debido que en la medida que las legislaciones son más recíprocas, mejoran también los intercambios comerciales, y la economía en conjunto tiende a ser más óptima, debido entre otras cosas a la certeza jurídica que se puede ofrecer. Por ello, y para entrar en uniformidad, la legislación Guatemalteca debe de reformarse tomando en cuenta cuestiones análogas con otros países adecuándolas a la situación propia del país, por lo que se recomienda que dicha reforma sea sobre los siguientes aspectos:

5.3.1.1. Derecho Concursal como un derecho autónomo.

Para una reforma integral es necesario establecer la AUTONOMÍA LEGAL del derecho concursal, como se ha hecho en la mayoría de Estados con reforma en la materia recientes, tales como España, Argentina, Uruguay, Brasil entre otros, lo que demuestra la complejidad de la materia, y que dentro de los primeros pasos para lograr un proceso efectivo es individualizar la materia y de allí buscar la simplificación del procedimiento. El hecho de que exista un cuerpo normativo propio, refleja la autonomía de la materia y hace que estructure sustantiva y procesalmente la insolvencia y se lleve de forma ordenada y sistemática, a la que tengan acceso todos los interesados o afectados, así como también para que sea de uso práctico y cotidiano.

Así mismo, al considerarse un derecho autónomo, además de cuerpo normativo propio tendrá sus propios principios inspiradores. El objeto de esta autonomía, es evitar la dispersión de normas y que este derecho dependa de la aplicación de muchas otras normativas, que en muchos casos son aplicadas de manera sesgada por la interpretación que puede darse en su utilización en algún caso concreto. Esto no significa que no tenga que relacionarse con otras ramas del derecho tales como la Mercantil, civil, penal, entre otras, ya que como cualquier otra rama del derecho necesita de otras en forma supletoria o complementaria.

Por otro lado, la autonomía dotaría al derecho concursal de un nuevo lenguaje, para dejar atrás conceptos tales como la quiebra, fallido, cesación de

pagos, que hacen referencia a un sistema liquidativo y represivo, entre otros muchos conceptos que sería necesario redefinir como los concursos necesarios y voluntarios de acreedores, todo ello para volver más moderado el sistema de insolvencia lo que provocará mayor protección a los deudores y a los acreedores, ante una institución jurídica que busca el equilibrio entre una situación de insolvencia y la satisfacción de los acreedores, además de dar certeza jurídica al evocar a principios fundamentales que orientan el procedimiento.

Según el trabajo de campo realizado³²⁵, el 95 por ciento de los encuestados ubica los concursos de acreedores y quiebra, como parte del derecho civil, derecho mercantil y eventualmente del derecho penal y el solamente el 5 por ciento lo ubica solamente en el derecho mercantil, lo que denota que en la mayoría de profesionales se relacionan directamente en temas civiles o mercantiles y eventualmente con el derecho penal, y esto se debe a que hasta hoy no existen las facultades de derecho de las universidades del país, materias específicas de derecho concursal, estos procesos son estudiados junto con las materias de derecho procesal civil, en el apartado de las ejecuciones, sin mayores marcos de comparación de su funcionamiento por su escasa utilidad práctica, limitando del conocimiento al puro procedimiento regulado en el CPCYM.

³²⁵ Ver página 315, referencia al pie de página 286 de este trabajo en relación al método utilizado en el trabajo de campo.

5.3.1.2. Unificación legislativa en materia concursal en aspectos sustantivos y procesales: Creación de una Ley Concursal.

La legislaciones modernas que se han mencionado y en general los países con practica concursal poseen un cuerpo normativo específico para el tema de concursos y quiebras, y en gran parte se desenvuelven en aspectos procesales pero también sustantivos, por tratarse de una clase de procedimiento *sui generis*.

En Guatemala existe la necesidad que los procesos tengan una base sustantiva suficiente que permita tener claridad en las normas y en la interpretación que se realice de las mismas y que complemente a la parte procesal o adjetiva. No se trata de que se reforme en base a la legislación existente, sino que como se ha tratado en el apartado anterior, es “crear” un nuevo sistema concursal, una legislación con autonomía, en el que se especialice en el trato de los asuntos concursales y de quiebra a partir de la manifestación de la insolvencia.

Por otro lado, para el control y el buen funcionamiento de la regulación de la insolvencia es importante la creación de una infraestructura institucional que se encargue de la supervisión de los procedimientos, y tenga control de la legalidad y las decisiones, por la experiencia de otros países del entorno, dicha facultad ha correspondido a los órganos judiciales, a quienes deben dotarse de recursos para su buen desempeño.

5.3.1.3. Separación de los concursos de acreedores y quiebra del derecho penal.

En el presente estudio se ha visto como históricamente el estado de insolvencia, conocido como quiebra, ha estado históricamente ligado al derecho penal, presuponiendo que el hecho de no cumplir con las obligaciones es sinónimo de un ilícito que debe ser reprimido desde el primer conocimiento de un problema de solvencia del deudor, y Guatemala hasta la presente fecha conserva esa tendencia, mezclado el derecho de quiebras y el derecho penal. Sin embargo, ambas tienen un fin principal muy distinto. Por un lado, el Derecho de quiebras busca la satisfacción de los acreedores de las deudas, mientras que el derecho penal está destinado a sancionar las conductas reprobables, pasando por la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y por supuesto la sanción respetiva para el autor. La conducta de un deudor en un concurso de acreedores o quiebra no tiene porque entenderse desde un principio como un delincuente, en ciertas ocasiones si existen matices de negligencia o de comportamiento malicioso de algunos deudores o de los administradores tratándose de personas jurídicas, y en esos casos específicos si debe intervenir el proceso penal. Sin embargo esa represión o sanción de la conducta del deudor debe de ser su función principal, ya que de ese modo el deudor que tiene todavía capacidad para sacar a flote su empresa o que quiere pagar a todos los acreedores en forma ordenada prefiere obviar el proceso concursal por el riesgo a ser reprimido por el solo hecho de la solicitud del Concurso.

En la definición de este nuevo derecho concursal debe de separarse del derecho penal, y la calificación delictual del concurso de parte del deudor o de sus cómplices, no puede adjudicarse a la Junta de Acreedores la facultad de decidir sobre la culpabilidad de un deudor, sin las debidas garantías constitucionales como en la actualidad, sino que debe de ser el Juez Penal respectivo. Las tendencias actuales en la experiencia de otros países se tienen contemplada la fase represiva en los casos en que amerite, pero siempre como secundaria con la función solutoria. Por ejemplo en la legislación Española se abre una pieza de calificación del concurso para determinar la culpa o el dolo grave del deudor o de sus cómplices en la generación o agravación en el estado de insolvencia, siendo las principales consecuencias de la calificación del concurso como culpables la satisfacción de los acreedores, lo que se logra condenando a los administradores de la sociedad concursada a satisfacer total o parcialmente la parte del pasivo no satisfecho en el concurso o la pérdida de los derechos de crédito frente al deudor de los responsables.

5.3.1.4. Principios fundamentales en el que puede basarse derecho concursal en Guatemala.

Como todo derecho autónomo, el derecho concursal en Guatemala debe de estar basado en principios fundamentales sobre los cuales debe de basarse la regulación de los casos de insolvencia, lo que ayudara, junto con el presupuesto objetivo a enmarcar las actuaciones de todos los intervinientes en los procesos concursales. Dicho de otro modo, todas las normas que se

desarrollen deben de tomar en cuenta estos principios al igual que los jueces al aplicar las mismas. Tomando en cuenta las orientaciones que predominan en las legislaciones modernas en materia concursal este debe de estar orientado a los siguientes fines:

5.3.1.4.1. La satisfacción ordenada de los acreedores como finalidad principal.

La finalidad principal del derecho concursal guatemalteco debe dirigirse a la satisfacción de los acreedores, quienes buscan la recuperación del dinero y que en todo caso se debe la prioridad dentro del proceso, por tratarse de afectados, y que como se ha visto en la práctica, necesitan esa recuperación para poder continuar al mismo tiempo con sus actividades comerciales, o de otro tipo al tratarse de no comerciantes, ya que muchas veces de ese crédito dependen otros, lo que crea una cuestión crediticia en cadena.

Esta satisfacción de los créditos debe de ser ordenada, tomando en cuenta en especial a aquellos que tienen privilegios en el cobro por intereses de orden público y social, como lo son los trabajadores de la empresa, la Seguridad Social y Hacienda, o cualquier otro que se considere pertinente. Es importante también que en esta satisfacción de los acreedores se excluyan de los procesos a todos los acreedores con cualquier tipo de garantía real para evitar riesgos y puedan satisfacer íntegramente sus deudas.

5.3.1.4.2. La conservación o reflotamiento de las empresas viables.

Los ordenamientos modernos establecen una orientación en la que además de la satisfacción de los acreedores, se persigue la conservación de la empresa en la medida de lo posible³²⁶, y al mantenimiento de la misma como unidad productiva y en funcionamiento, ésta la solución o tendencia, debe tenerse en consideración por ser más favorable no solo para los acreedores, sino también para los deudores eventualmente para los trabajadores de la misma, y los métodos de liquidación están relegados para los casos en los que no sea viable dicha conservación. Lo que se pretende es cambiar la finalidad liquidatoria que se aplica actualmente en Guatemala y que ha sido históricamente antecedente a las nuevas legislaciones concursales, además de flexibilidad para que se pueda dar la continuidad al negocio, favoreciendo acuerdos entre el deudor y acreedores sobre el pago de las deudas, en las que se establezcan esperas y quitas. Tendrían la opción al concurso aquellas empresas que pueden o tienen formas de reflotamiento y se tenga certeza que más adelante puedan satisfacer las deudas como producto de la continuidad de sus actividades empresariales, descartando aquellas que no tengan esa

³²⁶ Dentro de los ordenamientos modernos que pueden dar orientación de la conservación de la empresa en la medida de lo posible pueden mencionarse el procedimiento de salvataje previsto en el capítulo 11 del *Bankruptcy Code* estadounidense, así como las legislaciones de Argentina, Brasil, Colombia, en América las europeas como la *Insolvenzordnung* de Alemania, la *Legge Fallimentare* italiana o la *Loi de Sauvegarde* francesa, y la Española, las cuales han tenido un desarrollo propio y otras como el Código de Insolvencia y Recuperación de Empresas portugués o la Ley 18.387 de Uruguay, influenciadas por la Legislación Concursal Española. MUÑOZ PAREDES, J., e IRIBARREN BLANCO, M., FIRMA J&A, GARRIGUES S.L. y la Universidad de Oviedo. *Ibíd.*, p. 7.

posibilidad, lo que se compagina con el objetivo fundamental de lograr la satisfacción de las deudas y de forma más equitativa³²⁷.

En ese sentido, no todos los deudores lograran mantener la empresa, por lo que deben contemplarse también procedimientos eficientes para la realización de los bienes en los caso en que no se pueda aplicar la solución convenida o que ésta no sea posible para satisfacer a los acreedores con lo obtenido, buscando que los mismos sean rápidos y poco costosos, y que la masa activa no se disminuya por los elevados costes que perjudiquen la

³²⁷ En relación a la pre crisis la teoría económica demuestra que, a partir de un determinado momento de existencia de un situación de "pre crisis" propia de la empresa en dificultades financieras, existen fuertes incentivos perversos para que la dirección acometa una serie de estrategias egoístas contrarias a la conservación de la empresa en sus relaciones con terceros acreedores. Cuando la empresa está en dificultades los problemas de conflictos de intereses entre accionistas y directores, por un lado, y entre éstos y aquellos con terceros acreedores por otro, cobran una especial relevancia. Todo ello repercute en unos significativos "Costes de agencia", asociados a este tipo de situaciones. Vaya por delante la dificultad que encuentran economistas y no digamos juristas para caracterizar este tipo de situaciones que no son todavía de "insolvencia", pero si suficientemente preocupantes. En general, la literatura económica y financiera suele distinguir entre la empresa en crisis (*failure, bankruptcy*) y la empresa en "dificultades", (*financial distress; entreprise en difficulté*). La segunda es una situación difícil de caracterizar, que se infiere de múltiples y heterogéneos indicadores y que puede funcionar como una señal anticipada (*early warning*) de la insolvencia definitiva. Se supone además que, en ciertas condiciones, es posible predecir la insolvencia con cierta probabilidad de acierto. Caracterizan a este estadio o fase de la vida de la empresa las notas siguientes: i) La existencia de factores convergentes de riesgo grave o sustancial (*substantial doubts*); ii) Para la continuidad empresarial (*going concern*); iii) En un horizonte temporal no demasiado alejado (*foreseeable future*; riesgo inminente en el futuro predecible. Las causas - o mejor decir: "Factores"- de esa situación son enormemente heterogéneas. No solo se trata de causas o factores económicos. FERNANDEZ DEL POZO, L., "Sobre la Preconcurso y la Prevención de la insolvencia, el mecanismo de alerta preconcursal", *op cit.*, p. 11 y 12. ARGENTI, J, "*Corporate collapse: The causes and symptoms*", Ed. McGraw-Hill, London, 1976. p. 85.

recuperación de los créditos, situación que se ha enmarcado en la actualidad, como uno de los motivos para no acudir a un proceso concursal en la actualidad.

Además es importante que esta nueva ley se enfoque en las PYMES, teniendo en cuenta que al igual que en casi toda América Latina, en Guatemala las pequeñas y medianas empresas (Pymes) generan la mayor parte del empleo; que la Federación de la Pequeña y Mediana Empresa Guatemalteca calculó que las Pymes contribuyeron con el 40% del PIB y el 85% del empleo en 2009; y que según el informe sobre el Estado de la Región de 2008, el 80% de los puestos de trabajo responden a empresas con menos de 20 empleados³²⁸. Resulta imprescindible que el presente proyecto también busque regular un régimen que permita que las Pymes solventen situaciones de insolvencia de forma rápida y a bajo costo y que a su vez garantice e incentive tanto su eficiencia financiera como su crecimiento.

5.3.1.4.3. La conservación de los puestos de trabajo en la empresa.

Otro aspecto importante en los temas de insolvencia es el de la tutela de los trabajadores, de quienes debe procurarse la conservación de sus puestos de trabajo, lo que podrá lograrse en la medida que la empresa logre

³²⁸ Informe del Banco Mundial LAC. "Desarrollo de Pymes en Guatemala *Facilitando el Florecimiento de 10,000 Empresas* (Informe No 54242-GT)", Guatemala 1 de noviembre 2010, p. 3.

continuar con sus actividades comerciales, de otro modo, son afectados al quedarse sin un puesto de trabajo al no darle continuidad al negocio. Este factor es importante para la eficiencia y éxito del proceso concursal, ya que normalmente solo se piensa en los acreedores y la satisfacción de sus créditos, y no en lo que los trabajadores pueden coadyuvar junto con medidas coherentes y bien definidas del deudor a la recuperación empresarial.

La adopción de medidas de tutela de los trabajadores no solo favorecería al deudor sino también a mantener una visión social del proceso concursal al procurar en la medida de lo posible la menor afectación hacia los trabajadores, y en el caso de que el asunto llegue a un proceso de liquidación se tome en cuenta la prioridad de los mismos para cobrar los salarios e indemnizaciones que les correspondan.

Estas situaciones han sido tratadas en otras legislaciones como la española, que incluye dentro de los créditos contra la masa entendidos estos como los generados contra el deudor tras la declaración de concurso, teniendo tal condición los créditos que se citan expresamente en el art. 84.2 de la Ley concursal española y cualesquiera otros créditos a los que esta ley atribuya expresamente tal consideración. Dentro de esa relación, se encuentran entre otros: 1º. Los créditos relativos a salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional (art. 84.2.1 LC); 2º. Los débitos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, tras y durante la tramitación del concurso en relación a los salarios e indemnizaciones, así

como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral (art. 84.2.5 LC).

Así mismo en la LC española, se enmarcan dentro de los créditos con privilegio general, según el artículo 91 de la misma: 1º. Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso. Como se puede observar se les da un trato especial a los presupuestos y contingencias que pueden surgir con los trabajadores.

Por otro lado, para el resguardo del tejido empresarial y una manera de proteger el trabajo y a los trabajadores, se regula también en España la posibilidad de la cesión de unidades productivas que implica la cesión de una parte de la empresa para conservar el funcionamiento de la misma, regulado en el artículo 146 bis de la LC, y que se plantea en los términos siguientes: En caso de transmisión de unidades productivas, se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada.

El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. También se cederán aquellas licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de las actividades empresariales o profesionales e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones. La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.4. Así pues, lo que se pretende es el mantenimiento de la actividad laboral y de la empresa, excluyendo la asunción de deudas anteriores *ex lege* salvo declaración en contrario.

5.3.1.4.4. Privilegio a los intereses públicos.

Dentro de los afectos por un proceso de insolvencia de un determinado deudor, sea este persona física o jurídica, están los intereses públicos, ya que el deudor al dejar de pagar a los acreedores, a los trabajadores, ha dejado en muchos momentos de pagar también lo que le corresponde como cuotas a la Seguridad Social, y los impuestos que le correspondan según su situación particular ante la Hacienda Pública (en el caso de Guatemala la Superintendencia de Administración Tributaria, SAT). En ese sentido los intereses públicos se ven mermados, y en este caso es el Estado el que pierde, por lo que se debe establecer como prioritario en la lista de acreedores, junto

con los intereses de los trabajadores, para de este modo asegurar los montos que corresponden a estas entidades.

Un ejemplo de la regulación de estos presupuestos en la LC española, artículo 90, son los capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, siempre que sean devengadas con anterioridad a la declaración de concurso. 2º Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal. 3º Los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso. 4º Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe.

5.3.1.4.5. Unidad de procedimiento.

Sobre la unidad o multiplicidad de procedimiento se debe tener en cuenta la posibilidad de un solo procedimiento para toda clase de deudores, basados en el presupuesto de objetivo de la insolvencia, siempre tomando en cuenta las particularidades que pueden darse si se trata de concursos de empresarios, en cuyo caso es de tener en cuenta el tamaño y el número de acreedores, y por otro lado el concurso de particulares. Si se trata de empresas se debe buscar las soluciones más idóneas para la problemática que puede surgir relacionada con su funcionamiento mientras que se resuelve el concurso, así como el régimen de actuación de los órganos sociales y la posición jurídica de sus socios.

Otra opción es la de multiplicidad de procesos, al elegir el procedimiento según la solución: quiebra o convenio esto dependiendo si se trata de una quiebra o liquidación, es decir realizar los bienes del deudor y pagar a todos los acreedores, y la otra de buscar acuerdo entre el deudor y sus acreedores. En algunos países como en España y Uruguay solo existe un único procedimiento con flexibilidad, que permite los dos procedimientos antes mencionados, y que presenta ventajas por su sencillez lo que da claridad, además de proporcionar seguridad a todos los interesados que en el momento de iniciar un proceso concursal se encuentran sin elementos posibles de determinar si es viable o no la empresa lo que no es suficiente para decantarse desde un principio por un convenio o la liquidación de la empresa directamente,

y lo que da un margen para definir cuál será finalmente la solución que se alcanzará.

Por ello, se recomienda definir un único procedimiento basado en la insolvencia del deudor ya sea persona física o Jurídica, matizando en cada caso los supuestos que pueden darse, especialmente en el caso de la persona jurídica que puede presentar mayores incidencias y complejidades. Y dicha unidad debe entenderse no solo como unidad legislativa, un solo texto, sino también como unidad de régimen jurídico desde los puntos de vista subjetivo, objetivo y formal, aplicable a comerciantes y no comerciantes, y como se dijo antes a las personas físicas o jurídicas

5.3.1.4.6. Participación de los acreedores en el proceso.

En la nueva legislación concursal se debe contar con la participación de los acreedores, tal y como lo regulan muchas de las legislaciones modernas, ya que la misma debe ir más allá de su acuerdo a un posible convenio con el deudor, y debe de servir para coadyuvar a que no se pierda el fin del proceso, que sería en todo caso la solutoria y no la liquidación, para satisfacer a la colectividad de acreedores. La forma de dar más participación sería con el nombramiento de un órgano permanente que represente al grupo, y su finalidad sería la de fiscalizar el procedimiento orientado como se dijo antes a las soluciones más favorables para la satisfacción de los créditos, tomando en cuenta la carencia de practica en la materia en Guatemala, y la falta de

órganos especializados. Otra forma de compensar esta situación y mejorar la aplicación de la ley concursal es la de nombrar profesionales cualificados como Administradores del concurso, para que los concursos cumplan sus cometidos, tal y como se hace en la legislación Española sobre el tema.

Por otro lado, la participación de los acreedores en el proceso de reestructuración de la empresa es indispensable por la colaboración que se les pide para alcanzar un acuerdo que permita la reorganización de los créditos, y así evitar un proceso largo y costoso que no beneficia a ninguna de las dos partes, y con costes que recaerán en la propia masa activa del concurso.

5.3.1.4.7. Agilización y modernización del proceso.

Dentro de las funciones más importantes del proceso concursal para su correcto funcionamiento está en la sencillez, rapidez y sin mayores costos, por lo que sería conveniente eliminar trámites innecesarios, reducir plazos y simplificar la estructura orgánica que participa en el procedimiento. Dentro de las medidas que pueden promoverse están el fomentar los acuerdos extrajudiciales o el establecer un procedimiento único independientemente de la solución (convenio-liquidación).

Las técnicas electrónicas o telemáticas, también deben de promoverse en la tramitación de los procedimientos y podrían ser utilizadas en las

comunicaciones a los acreedores, las convocatorias de reuniones o asambleas, o la publicación de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales.

Un ejemplo de las medidas que pueden tomarse como modelo son las que establece la legislación española en el Real Decreto-Ley 3/2009 de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica en el que se ha creado un Registro Público Concursal cuyo objetivo es dar publicidad y difusión de carácter público a través de un portal de internet, el cual está bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia, y que contiene todas las resoluciones concursales que requieran serlo conforme a la L.C. Así como las resoluciones dictadas en procedimiento concursales que declaren concursos culpables y acuerden designación e inhabilitación de los administradores concursales.

Así mismo podría aplicarse en la utilización de medios electrónicos para el funcionamiento de las Asambleas o Juntas de Acreedores para agilizar las convocatorias y la realización de las mismas, y el permitir la asistencia y ejercicio del voto por estos medios.

En el trabajo de campo realizado se le pregunto al grupo de profesionales del derecho encuestados en relación a cuáles serían sus expectativas ante una eventual reforma legislativa en materia de concursos de acreedores o de quiebra en Guatemala, en el que el 100 % coincide en atenuar el rigor formalista de las actuaciones, abreviar diligencias y plazos, y aplicar los

principios de economía y celeridad procesal, por lo que debe tenerse en cuenta estos aspectos para un proceso concursal más expedito.

5.3.1.4.8. Regulación de convenios judiciales o extrajudiciales.

La nueva ley concursal debería promover los convenios y acuerdos ya sea judicial o extrajudicial, lo que sería toda una novedad ante la ausencia de normas que faciliten soluciones alternas a un procedimiento judicial completo de concurso o de quiebra. Al tratarse de convenios judiciales se pretende que dentro del proceso se establezcan y promuevan los convenios para reducir el proceso concursal y que lleguen a un acuerdo entre el deudor y los acreedores. Por otro lado se deben promover también los acuerdos extrajudiciales ya sea dentro del concurso o antes de la declaratoria de concurso, conteniendo el compromiso de los deudores al cumplimiento de sus obligaciones, como el resultado de negociaciones voluntarias lo que vendría a dar eficacia y eficiencia a las soluciones de la insolvencia, y es importante su regulación desde los inicios de una reforma integral en la materia, tomando en cuenta la nula experiencia concursal, por supuesto, se deben establecer plazos prudentes para esta negociación a partir del conocimiento de la insolvencia, ya que de otro modo se pueden eternizar las negociaciones y al dejar pasar el tiempo se acumulen las deudas, los intereses, o se perjudique más el objetivo de satisfacción de los acreedores. Para dar fe a los convenios o acuerdos se sugiere que se tenga la opción de homologarlos ante el Juez encargado de

conocer el proceso o bien ante un Notario Público, para mayor seguridad y certeza de los acuerdos³²⁹.

Por otro lado de no llegar a un acuerdo dentro de plazo establecido, se pueda iniciar al proceso concursal de manera normal si se cumplen los presupuestos respectivos.

³²⁹ Como ejemplo de acuerdos extra concursales se pueden mencionar el modelo de las pre-packed bankruptcy petitions (prepacks) del capítulo 11 del Código Estadounidense; en la Ley Concursal Brasileña, la introducción del procedimiento de acuerdos extrajudiciales con homologación posterior; la Ley 24,522 de Concursos y Quiebras de Argentina; y la Legislación española permite a la empresa comunicar al Juzgado en aquellos supuestos en los que no puede hacer frente a sus obligaciones generales de pago, que se han iniciado contactos con los acreedores tendentes a obtener un acuerdo de refinanciación o un convenio anticipado. En este caso, la empresa tiene el plazo de tres meses para materializar sus negociaciones, bien en un acuerdo que les saque de la insolvencia y por tanto evite el procedimiento judicial, o en un convenio anticipado, que se tramitará dentro del procedimiento concursal (Art. 5 bis LC).

CONCLUSIONES

En este apartado de conclusiones se procederá a destacar las ideas fundamentales del resultado del trabajo. En primer lugar se harán las conclusiones generales relacionadas con el presupuesto objetivo del derecho concursal español y guatemalteco y a continuación las particulares relacionadas con la problemática que ha sido objeto de estudio y por último una propuesta de los parámetros que podrían contener e inspirar una reforma concursal partiendo de la definición del presupuesto objetivo en la legislación guatemalteca.

CONCLUSIONES GENERALES:

1. Del proceso histórico analizado en este trabajo se desprende que en España para lograr la legislación concursal como se concibe hoy en día, la misma ha tenido que adaptarse a la realidad social, económica y política, ya que esta a su vez se encuentra íntimamente ligada a la economía tanto de las empresas como de los particulares.

Así pues esta legislación con raíces comunes con otros países como Italia, Francia y Alemania, han mutado con el paso del tiempo hacia principios comunes relacionados con suprimir la dispersión de normas y medidas que faciliten el objetivo principal de satisfacción de los créditos de los acreedores y fomentando la viabilidad de la empresa, en la medida de lo posible, y con un factor desencadenante que modernamente se le ha llamado insolvencia, y que surge de términos y procedimientos como la quiebra y la suspensión de pagos,

y normas que buscaban sancionar duramente al Deudor y que no le permitían seguridad jurídica para optar por intentar siquiera una recuperación empresarial.

Para la comprensión de este proceso es importante mencionar que el derecho concursal deviene del Derecho Romano, en donde nacieron y se establecieron muchas instituciones tales como el trato igualitario para todos los acreedores del deudor común (*par conditio creditorum*), y la figura de la quiebra al tomar posesión de los bienes del deudor para asegurar la realización del pago con la conservación de los mismos, la institución de la masa de acreedores como colectividad sometida a la igualdad de trato, la *bonorum distractio*, que pretendía la enajenación aislada de los bienes, el *pactum ut minus solvatur*, consistente en el acuerdo entre el heredero y los acreedores de la herencia endeudada, mismo que permaneció hasta que surge la figura de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario siendo doctrinariamente el primer instituto de carácter concursal durante la legislación medieval.

Otras instituciones como la *cessio bonorum* introducida por la lex julia del año 17 a de J.C., con el fin de suavizar la situación del deudor, ya que permitía que este se presentara ante la autoridad judicial la voluntad de ceder sus bienes a disposición de los acreedores para que estos lo realizaran y satisfacer sus créditos, siendo este primer antecedente conocido de los actuales convenios preventivos judiciales, aplicable solo en casos de *favor debitorios*, limitándose a aquellos deudores merecedores de eludir las consecuencias infames de otros institutos.

Del Derecho Justiniano se puede resaltar que por influencia del cristianismo al lado de la cesión de bienes surgieron las moratorias que eran como esperas para el deudor de buena fe. Durante la Edad Media, entre otras aportaciones se atribuye la especial relevancia a las condiciones subjetivas del deudor, haciendo la distinción entre deudor comerciante y el que no lo era, con lo que surgen también la separación de las situaciones de insolvencia entre los deudores no comerciantes, concurso de acreedores y los comerciantes, suspensión de pagos y quiebra, siendo esta última muy relevante por su surgimiento en la baja edad media en Italia, y que se configuraba como la fuga del deudor, la mesa o el puesto del comerciante se quebraba o rompía, y es cuando surge el término de “banca rota”.

Con la quiebra se da la primera calificación de presupuesto objetivo que podía ser la fuga o también la falta de pago de las deudas, como una institución dirigida a sancionar el comportamiento antisocial del fallido y a proteger el interés colectivo, aplicándosele la pena que se conocía como del bando, que conlleva la exclusión del quebrado de la sociedad civil, de donde deviene también la calificación del quebrado como bandido.

En este sentido, los estatutos italianos sitúan en el incumplimiento, con independencia de la situación económica de fondo subyacente. La causa de apertura de la quiebra que en primer momento se tenía como manifestación inequívoca la huida o fuga del deudor, y posteriormente, la cesación de pagos, utilizando la técnica de “sustantivación de hechos externos para delimitar el

presupuesto objetivo de apertura de la quiebra, empleado también por el derecho francés de la época.

2. En España el origen de la quiebra se atribuye a la regulación de la quiebra en las partidas de Alfonso X el Sabio, durante el siglo XIII, en el que se regulaba la materia concursal de manera sistemática y completa, de ahí en adelante se encuentran algunas legislaciones que regulan la quiebra tales como las que se dieron al Ley de las Cortes de 1.299 en paralelismo con la Ley de las Cortes Catalanas y el Estatuto de Arte de Cambio de Firenze.

Durante el reinado de Jaime II, La Constitución de las Cortes de Lérida de 1301, Las Cortes de Mont blanc durante el reinado de Alfonso IV de Aragón, vigente hasta las Cortes de Cervera de 1.359, dictada por Pedro IV. En este tiempo para la delimitación del presupuesto objetivo se utilizaba la técnica de sustantivación de manifestaciones externas de la insolvencia (cesación de pagos fuga), paralelamente con el Derecho Estatutario medieval italiano. Durante este periodo de tiempo en el derecho concursal castellano se combina en la determinación del presupuesto origen de la quiebra la técnica de sustantivación de hechos externos con el establecimiento de una situación de fondo, entendida la insolvencia como incapacidad de pago, de la que la cesación de pagos constituye mera manifestación externa, por lo que se considera que el origen de esta técnica se atribuye a España y que posteriormente fue seguida por ordenamientos del bloque jurídico anglosajón.

La primera ley de quiebra surge en 1.548 en Valladolid con la Reina Juana, con el mismo presupuesto antes enunciado lo que es mantenido en una ley de Felipe II, promulgada en 1.570 por las Cortes de Córdoba y otra promulgada de 18 de julio de 1.590.

3. Es importante mencionar lo que denominamos en la investigación como la médula del derecho concursal los aportes a la legislación concursal española con Amador Rodríguez quien introduce el vocablo de concurso, y SALGADO DE SOMOZA, con el *Labyrinthus creditorum concurrentium*, se utiliza por primera vez el vocablo de concurso, y la definición del proceso *litis* del concurso, por lo que se regula un nuevo procedimiento de cesión de bienes a cambio de un reforzamiento de las formalidades y garantías, evitando la prisión del deudor, con la obra del último mencionado se da el antecedente de lo que hoy se conoce como concurso voluntario y la innovación de los términos de “concurso” y “deudor común”, siendo los primeros trabajos sobre el tema que influenciaron en Europa siendo el punto de partida para la legislación concursal de Alemania.

4. La codificación en materia concursal desde el Código de Comercio Español de 1.829 hasta la presente fecha paso por varios estadios, y en el que se definía el presupuesto objetivo de apertura de la quiebra como un desbalance, es decir el activo menor que el pasivo, lo que se define como la cesación de pagos como manifestaciones externas.

Sin embargo en relación al sobreseimiento de pagos utilizaba un sistema de *numerus clausus* de manifestaciones externas, desde entonces se intentó hacer muchas reformas pasando por el Código de Comercio de 1.885 y sus modificaciones posteriores, dando paso además de la institución de la quiebra a la de la suspensión de pagos.

Hasta la gran reforma concursal Española del año 2.003, se conservaban en la legislación principios privatistas, propios de una legislación decimonónica, y se conservaban aspectos de pluralidad de leyes, dispersión y anacronismo normativo, lo que provocaba que existiera una gran lentitud en el procedimiento y un elevado coste para los comerciantes en su sometimiento a los mismos. Ante dicha situación surgen propuestas relevantes como el anteproyecto de Ley concursal de 1.959, en la que se promueve por primera vez la regulación conjunta, sustantiva y procesal de las instituciones concursales, para comerciantes y no comerciantes, con una dualidad de procedimientos en función de los diversos supuestos objetivos que determinaban la de las respectivas soluciones: la liquidación y el convenio.

Con el paso del tiempo se dieron mas intentos de reforma infructuosos que no prosperaron por la falta de voluntad política, dentro de las que se mencionan la que se dio precedida por GARRIGUES en 1.976, en relación al caso de la Barcelona Traction, en la sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación; en 1.978 con la orden ministerial de 17 de marzo de 1.978 de la Comisión General de Codificación que resultó en el anteproyecto publicado en 1.983 que incorpora ya los primeros principios

innovadores de la unidad legal, de disciplina y de sistema, tras otro intento de reforma de 1996, que resultó infructuoso, se dió la que por fin sería la Ley que asentara sus bases en el tema como lo es la Ley Concursal de 2.003 de 9 de julio que en términos generales está basada en la unidad legal, de disciplina y del procedimiento, con la finalidad de la satisfacción a los intereses crediticios de los acreedores, todo dentro de un marco de conservación de empresas y prevención de crisis económicas y la prosecución del principio de la *par conditio creditorum* en un marco de celeridad procesal, y todo ello acorde con otras legislaciones como la Francesa, la alemana y portuguesa.

Centrándonos en el presupuesto objetivo de la Ley Concursal, constituye una novedad el hecho de reducirlo a lo que es la INSOLVENCIA, y que en conjunto con los principios de unidad legal, de disciplina y de procedimiento, hacen que por fin se pueda hablar de una Ley Concursal independiente, y que a diferencia de las legislaciones anteriores que no permitían concretar en un procedimiento efectivo y no aportaba fluidez al objetivo de satisfacción de los acreedores y menos a una posible recuperación de la empresa.

5. El art. 2 de la actual LC española es de vital importancia para la configuración del concepto de la insolvencia ya que describe de una manera clara y concisa, la manera de determinar la insolvencia de un deudor, origen del concurso de acreedores, ya sea persona física o jurídica para que pueda optar al procedimiento concursal, dejando a un lado la inquisición que en otras épocas representaba un proceso de quiebra con medidas más represivas. Se puede observar por otro lado que el proceso concursal debe de ser solicitado

en un tiempo prudencial para intentar el reflotamiento de la empresa y no perjudicar más a los acreedores, y establece las opciones según las circunstancias de plantear la situación como una insolvencia ACTUAL o INMINENTE, dependiendo de la previsión del solicitante.

Por mucho tiempo se consideró que el presupuesto objetivo era la situación de impotencia patrimonial, y la insolvencia debía ser insanable y manifestada externamente del modo que la ley lo regulaba, a lo se le denominaba sobreseimiento, siempre fundado en hechos externos sobre los cuales se justificaba el procedimiento. Se entendía la quiebra como una institución que tenía como presupuesto objetivo el “Sobreseimiento” en el pago corriente de sus obligaciones, lo que con la reforma concursal definitiva cambió entendiendo la insolvencia como un todo en tres vías: 1) Insolvencia que resulta de la incapacidad actual del deudor de cumplir sus obligaciones exigibles art. 2.2. LC; 2) La insolvencia puesta de manifiesto en cualquiera de los hechos que detalla el art. 2.4. LC.; y, 3) La insolvencia inminente art. 2.3. LC;

6. Del proceso histórico de reforma concursal Española y de política jurídica aplicado, debemos resaltar el aspecto temporal empleado en reconducir los procesos concursales, lo que demuestra que dentro de los factores que inciden para la efectividad de acometer una reforma concursal requiere además, voluntad política y experiencia, por tal motivo es importante como influencia para la reforma concursal de Guatemala, ya que además sigue siendo reformado adaptándose a la crisis económica que viene padeciendo desde el

año 2008, lo que se demuestra con el ascenso en los casos de concursados y de las reformas legislativas a la Ley Concursal vigente realizadas en el año 2.009, 2.013, 2.014 y las más recientes durante el 2.015.

Sin embargo y a pesar de que la legislación concursal se ha ido adaptando a los nuevos tiempos, el “alma” de dicha Ley, es decir su sustantivación ha perdurado y los principios relacionados en el numeral anterior, así como el presupuesto objetivo subsiste, lo que demuestra la importancia de fundamentar bien las bases de las normas y sobre todo, la importancia que tiene el definir un único presupuesto objetivo relacionado con la INSOLVENCIA.

7. En el caso de Guatemala, por tratarse de un país con poca trayectoria jurídica en la materia, sus antecedentes se remontan a la época colonial, ya que por mucho tiempo, cuando pertenecía al Reino de España, su vida jurídica en general estuvo basada en la Recopilación de las Indias, y en defecto de ella la de Castilla y las Siete Partidas, que estuvieron vigentes después de la conquista y antes de que se dictara la Real Cédula de 1.793, con la que se creó el Consulado de Comercio de Guatemala y comenzaron a regir las Ordenanzas de Bilbao desde 1839. El caso es que, aún después de la independencia de Guatemala, continuaron rigiendo las leyes españolas por unos años más, es por ello que se tiene una raíz común con España y lo que da importancia al conocimiento y fundamento de la Legislación Española.

Tiempo después comenzó a dictarse las propias normas pasando por los “Códigos de Livingston”, que luego fueron cambiados retomando la legislación española, hasta la renovación legislativa de la Revolución de 1.871, sin embargo es hasta el año 1.877 mediante Decreto Gubernatio número 191 del 20 de julio que se regula por primera vez la materia de quiebras, definiendo el presupuesto objetivo en el cese de pagos y lo que significaba la pérdida total del crédito que causaba la “muerte comercial de una persona”, la misma basada en legislaciones Española, Francesa, Mexicana y Chilena, dichas normas establecen un carácter liquidativo sin posibilidad de recuperación empresarial de parte del deudor, el extremo de la presunción de culpabilidad del deudor.

Por otro lado, con nuevas legislaciones como el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil Decreto Gubernativo 2.009 de 1.934, se pasa a regular lo que ya se denominó como concurso y por primera vez se definió la insolvencia, en paralelo el Código de Comercio de 1.942, Decreto número 2.946 del Presidente de la República Jorge Ubico, Mejoró el de 1.877, volviendo los concursos voluntarios en forzosos y procedió a regular el tema de las quiebras.

Dichas normas fueron suprimidas con la promulgación del Código de Comercio Decreto 2-70, vigente a al presente fecha, y que dejó sin efecto el poco fundamento sustantivo que existía en materia de quiebras y concursos y todo fue sustituido con la regulación dentro del Decreto ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil, que entro en vigencia el 1 de julio de 1.964, en el

título V, del libro III, vigente en la actualidad, en donde se regulan prácticamente de manera adjetiva lo que podríamos llamar como normas concursales, definiendo el proceso como ejecuciones colectivas, que comprenden lo que es el concurso voluntario de acreedores, el concurso necesario de acreedores y la quiebra, y cuyos principios son el de ser un proceso unviersal, intervivos, atractivo, mixto declarativo y ejecutivo, así como la *par conditio creditorum*.

CONCLUSIONES PARTICULARES:

8. En materia de concursos y quiebras en Guatemala existe una dispersión normativa, toda vez que no están los procesos unificados en un solo cuerpo específico de normas, los procesos de concursos de acreedores y quiebras en aspectos puramente procesales están reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, Decreto Ley 107, del 14 de septiembre de 1963, en el título V, del artículo 347 al 400, que se complementan por lo que se establece para otros procedimientos civiles, tales como el proceso ordinario y los demás juicios ejecutivos, contenidos en la misma norma. En el código de Comercio de Guatemala decreto 2-70 del 9 de abril de 1.970, se encuentran algunas referencias a los concursos de acreedores y de la quiebra en los siguientes artículos: 21, referente a los declarados en quiebra que no podrán constituir sociedades mientras que no se hayan rehabilitado; el 219, relativo a la disolución o quiebra en el país de origen de las sociedades extranjeras; el 226 sobre las causas de exclusión y separación de los socios por la quiebra; y el

358 referente que solo los comerciantes inscritos podrán desempeñar sindicaturas de quiebras y acogerse al beneficio de la suspensión de pagos.

Por otro lado también se pueden encontrar aspectos de la quiebra en el Código Penal, decreto 17-73, del 5 de julio de 1.963, en los artículos: 348, sobre quiebra fraudulenta, 349 quiebra culpable, 350 Responsabilidad Personal en asuntos de quiebras, 351 complicidad, 352 alzamiento de bienes, 353 quiebra de sociedades irregularmente constituidas y, 354 sobre concursado no comerciante. Como podrá observarse, no se tiene el proceso de insolvencia o concursal como independiente sino como un proceso ejecutivo con carácter colectivo regulado en la materia civil, con artículos dispersos en diferentes cuerpos normativos.

9. En relación al presupuesto objetivo del derecho concursal guatemalteco, actualmente no se encuentra definido con claridad. Tal como se ha advertido con anterioridad debido a la falta de sustantividad, en ese sentido, el CPCYM regula la materia exclusivamente en el aspecto procesal, y lo que podría entenderse como el presupuesto objetivo, se encuentra disperso en varios artículos de dicho código, dependiendo si es concurso voluntario, necesario o la quiebra, aunado a esto, no existe legislación especial para tratar los concursos de acreedores. Es decir que se ha mantenido como un procedimiento análogo a una ejecución civil, con pluralidad de acreedores, motivo por el cual es regulado en el CPCyM. Por otro lado, se da el caso que en su aplicación se da falta de claridad por un lado y arbitrariedad al delegar en el juez toda la calificación de los hechos que le son sometidos, mismo que no

es especializado en materia concursal, con lo que no queda claro tampoco la finalidad del concurso, que en todo caso podría interpretarse por su tendencia liquidativa la de exclusivamente cobrar los adeudos sin posibilidad de recuperación de parte del deudor.

El concurso voluntario tiene como presupuesto objetivo en la manifestación externa de una situación económica de fondo y que puede darse en dos casos: 1. Que el deudor haya suspendido o este próximo a suspender el pago corriente de sus obligaciones. y, 2. Cuando hubiera sido declarado en quiebra, siempre que ésta no haya sido calificada judicialmente de fraudulenta o culpable, regulados en el título V, capítulo II, del artículo 347 al 370 del CPCyM. Por otro lado el concurso necesario de acreedores tiene como presupuesto objetivo el hecho de que el deudor haya suspendido el pago corriente de sus obligaciones, sin especificar a que obligaciones se refiere, y debe de estar basado en *numerus clausus*, estrictamente en alguno de los casos siguientes: a) Cuando ha sido rechazado por los acreedores o desaprobado judicialmente el convenio previo propuesto por el deudor. Y, b) Cuando hay tres o más ejecuciones pendientes contra el mismo deudor y no hubiere bienes suficientes y libres para cubrir las cantidades que se reclaman, y su regulación legal se encuentra en el título V, capítulo II, del artículo 371 al 378 del CPCyM.

Por último la quiebra, cuyos factores desencadenantes son según la legislación guatemalteca:

- a. Concluido el concurso voluntario, los acreedores no están de acuerdo con el convenio propuesto por el deudor.
- b. Concluido el concurso voluntario, el convenio no ha sido aprobado por el Juez.
- c. Cuando concluido el concurso necesario, el convenio no es aprobado por el Juez.
- d. Cuando concluido el concurso necesario, no hay acuerdo entre deudor y acreedores en cuanto a cómo administrar y realizar los bienes y forma de pago del pasivo; y
- e. Cuando se han planteado tres o más ejecuciones en contra de un deudor y no hay bienes suficientes y libres para cubrir las cantidades que se reclaman.

La regulación legal de la quiebra se puede encontrar en el título V, capítulo III, artículos del 379 al 397 del CPCyM.

A la problemática antes planteada se suman el exceso de formalidades para poner en funcionamiento los procesos de ejecución colectiva y que además son engorrosos, costosos y largos en el tiempo, lo que provoca que en la práctica no se opte por los concursos para resolver las crisis empresariales.

10. En la actualidad en Guatemala los jueces con jurisdicción en materia de ejecuciones colectivas, son en general los de los Juzgados de Primera Instancia Civil, y la nueva tendencia, centrada en la ciudad capital de Guatemala es el de crear Juzgados especializados en ejecuciones, tanto

individuales como colectivas, sin embargo, las primeras son las que predominan en la práctica y las segundas se aplican en reducidos casos, que en su mayoría se encuentran en trámite, suspendidos o aletargados en el tiempo por impugnaciones.

En cuanto a la finalidad del procedimiento de ejecución colectiva actual, está centrado en la liquidación del patrimonio del deudor, definiéndose como un proceso universal abarcando todos los bienes del deudor y con el producto satisfacer el pago a los acreedores, ya que puede darse inicio al procedimiento en inaudita parte del deudor y que de no comparecer al juicio el mismo puede ser sujeto de arresto y en el caso de que la quiebra se califique como culpable puede acarrear para el deudor el sujetarse a un proceso penal como consecuencia de dicha calificación.

11. Los problemas antes enumerados hacen poco atractivo el proceso para los empresarios y particulares que se encuentren en crisis económica y en búsqueda de una solución que les permita reflotar la empresa, o liquidar la misma en forma ordenada, sobre todo por el riesgo que plantea la aplicación de prisión o la amenaza de la misma antes, durante y al terminar el posible concurso. Estos aspectos penales constituyen los motivos más fuertes para evitar los procesos concursales.

12. Por otro lado, se tiene constancia del desconocimiento de estos procedimientos que se desprenden de los resultados del estudio de campo realizado en el que del 100 % entrevistado ninguno de los abogados ha tenido

alguna experiencia en materia concursal, y los casos que han conocido, solamente por referencia, son de Bancos y entidades Financieras, cuyas quiebras son reguladas por normas especializadas y procesos distintos a los regulados en el Código Procesal Civil. Ante las situaciones de desconocimiento antes planteadas se sustituye el posible uso de las ejecuciones colectivas con otras figuras jurídicas tales como los “los pactos entre caballeros”, o “de palabra”, las garantías reales inmobiliarias, entre otras que buscan garantizar a toda costa el pago de lo adeudado, y ninguno con la finalidad de reestructuración empresarial.

La panorámica sobre el tema es desoladora y la ubicación de Guatemala dentro de los índices de evaluación de la facilidad para hacer negocios del Banco Mundial, “*Doing Business*”, en la publicación de 2.015, que contiene datos de 2.013 y 2.014 se ubica en el puesto 73 de 189 en el ranking general y el 155 de 189 en resolución de insolvencias, reflejo claro de la situación que afecta la operatividad en materia de concursos y quiebra en la práctica jurídica y afecta en la certeza jurídica que tanto inversores nacionales como extranjeros esperan al momento de intercambios comerciales y negocios, siendo que a un nivel internacional se exigen como es lógico regulaciones eficientes y efectivas, sobre todo adaptadas a la realidad social y el intercambio comercial. Para hacer una comparación España ocupa el puesto en ranking general el número 33, y en resolución de insolvencias el número 23.

13. De los intentos de reforma que se han realizado en Guatemala en relación con la materia, cabe destacar en el caso del Proyecto de ley para un Código

Procesal General propuesto en noviembre de 2.002, con el apoyo del Banco Mundial y el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas (PNUD), cuyo objetivo era muy ambicioso y con buenas intenciones debido a que dentro de muchas otras medidas, buscaba que todos los procesos fueran menos formalistas y mas funcionales, con tiempos más breves en los plazos y garantías de no discriminación a los litigantes extranjeros, y en concreto en el tema de los concursos se regulaba introduciendo el facilitar la aprobación de los arreglos voluntarios extrajudiciales, así como eliminar la intervención del Ministerio de Economía en su participación en la comisión revisora, mejorar los métodos de notificación, así como la introducción de la figura de la retroacción, en caso de haberse transferido bienes de manera fraudulenta. Sin embargo dicha propuesta no prospero por falta de apoyo al ser presentado ante el Congreso de la República de Guatemala.

El segundo intento de reforma se está dando en la actualidad presentado el 13 de febrero de dos mil trece ante el Ministerio de Economía, promovido por la entidad privada Fundación para el Desarrollo “FUNDESA”, con el nombre del anteproyecto de: “Ley de Insolvencias”.

En general se puede afirmar que es una buena iniciativa que trata de cambiar de raíz el sistema actual de dispersión y unifica todo lo relativo a los concursos en un mismo cuerpo normativo, además busca que existan procesos con plazos mas breves y se promueven los convenios entre deudor y acreedor, y cuenta con varios aciertos tales como la creación de la figura del

Administrador Concursal, el Registro de Concursos, y cabe destacar también la regulación en el mismo cuerpo legal de la insolvencia transfronteriza.

En cuanto a inconvenientes, la misma carece de sustantividad en la conceptualización de los presupuestos, y en relación al presupuesto objetivo en especial, no está claro ni definido, lo que como se ha resaltado en este trabajo, es de vital importancia para la eficacia del proceso concursal, como se comprobó en el presente trabajo durante el estudio de la política jurídica seguida en España durante todos los años que llevan de tradición concursal en los que se ha optado en definitiva por una legislación específica “Ley Concursal”, en el que se encuentran definidos tanto los principios que tutelan el derecho concursal, así como todas sus instituciones, además de los procedimientos que se han ido reformando conforme a las necesidades de adaptarlos a los estadios económicos actuales.

14. Para Guatemala el proceso de Reforma Concursal Español es un ejemplo a seguir en este momento en que se dan los primeros pasos en la materia, y como se ha comprobado con esta investigación, es importante definir con suficiente amplitud y claridad tanto los principios fundamentales y que tutelan el Derecho Concursal, así como la descripción y definición de cada una de sus instituciones, y en especial del presupuesto objetivo, hechos que no se pueden advertir en primero Anteproyecto de Ley de Insolvencias que ha visto a la luz en Guatemala y que se estudió oportunamente, al no estar definido el concepto de insolvencia y se limita a definir que el estado de insolvencia es aquel estado en el que se encuentra el deudor que no puede cumplir con sus obligaciones,

con lo que se ve incompleto el concepto y todo lo que conlleva crear una base conceptual sólida del Derecho Concursal. Más adelante en dicho proyecto se tasan las presunciones de la insolvencia en relativas y absolutas, las primeras que aceptan prueba en contrario y las segundas no, con lo que se estaría limitando el derecho de defensa y se continúa con la tendencia represiva del derecho concursal vigente.

Otro aspecto que se extraña en este proyecto es la regulación de la insolvencia inminente que podría beneficiar al inicio oportuno del concurso, ya que regula solamente la insolvencia actual.

15. Se desprende del estudio, en base a la práctica de países que han implementado una reforma concursal y especialmente en España, la necesidad de crear "CULTURA CONCURSAL", lo que solamente será posible con normas claras y presupuestos bien definidos que permitan dotar de modernidad y agilidad a los procesos concursales, es decir, se deben crear mecanismos eficientes de trato a la insolvencia para dotar de estabilidad al sistema financiero, y propiciar certeza jurídica para los inversores y una salida viable para los deudores. Ya que como se ha corroborado, los regímenes de insolvencia funcionalmente buenos son necesarios para asegurar la disciplina financiera en las economías de mercado exitosas, por lo que se debe procurar el reconocimiento de los derechos equitativos entre acreedores y deudores, optimizar y maximizar el valor de una entidad insolvente para que pueda hacer frente a los acreedores y la posibilidad de reorganizar empresas viables. Para lograr estos objetivos es necesario implementar estudios jurídicos, económicos

y estadísticos, y lo más importante contar con la voluntad política para materializar las normas y fundamentos y sacarlas adelante.

16. Importante también para la reforma del Derecho Concursal guatemalteco, es la creación de entes específicos y especializados en materia concursal, ya sea como Juzgados de lo Mercantil o Juzgados de Concursos, y dentro del proceso de diseño de las nuevas normas tomar en cuenta la opinión de todos los actores de la realidad nacional como lo son los propios ciudadanos y en especial, los Abogados, Economistas, Colegios de Profesionales, entre otros, para la aportación de su experiencia y una visión más realista e integral.

17. Lo que se propone en este estudio en cuanto al régimen del tratamiento de la insolvencia es que la misma sea común a los posibles deudores, independientemente si son comerciantes o no comerciantes e independientemente de la solución que se opte, ya sea convenio o liquidación. Es decir, que la insolvencia sea el suceso que origine el proceso concursal, independientemente de sus causas o de los sujetos que lo inicien, entendida la insolvencia como el sobreseimiento general de pagos o la cesación de pagos con base a hechos objetivos de fácil constatación, aquellos hechos que como manifestación externa sean sustento para reflejar la situación de insolvencia del deudor, y no como se ha hecho hasta ahora como el criterio del pasivo superior al activo, según el balance de la empresa o la insolvencia “real”, esto para permitir la viabilidad de muchas empresas que tienen un cese temporal del cumplimiento de sus obligaciones pero que tienen potencial de cumplir con el déficit momentáneo.

18. Se debe entender que el concurso ha de llegar a tiempo de salvar, y esa exigencia de oportunidad determina un cambio en el presupuesto objetivo de la declaración judicial, por lo que la temporalidad en la aplicación del concurso se convierte en algo vital.

Una opción valedera en el caso de la Reforma Concursal en Guatemala, es la de propiciar la constatación de la insolvencia en etapas tempranas, para que las empresas se conserven viables, y en casos en los que existan dificultades económicas temporales, lo que permitirá que el deudor presente solicitud de insolvencia, y en los casos en los que prevean la incapacidad de pago o insolvencia inminente, es decir, que están prontos a cesar en el pago corriente de sus obligaciones exigibles.

Con esta posibilidad no solamente se conocerán casos de insolvencia actual sino también de posibles situaciones que pueden sobrevenir, tomando en cuenta los hechos de fácil constatación como lo hacen países como España, que regula en el art. 2 de la LC. la posibilidad de la declaración del concurso de acreedores por insolvencia inminente; Uruguay, que establece en los artículos 15 de su Ley Concursal la insolvencia como la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones con independencia de la existencia o no de una pluralidad de acreedores, con una presunción *iure et de iure* por el hecho de que el deudor sea quien presenta la solicitud de insolvencia, y Colombia que regula en el art. 9 de su Ley Concursal la cesación de pagos o incapacidad de pago inminente.

19. Otra medida relacionada con la activación del presupuesto objetivo del concurso que puede dar fluidez y posible recuperación empresarial es el de establecer la obligación del deudor de solicitar el concurso de acreedores en caso de insolvencia, en determinado tiempo como se hace en algunas legislaciones, como por ejemplo, la uruguaya que regula en el art. 10 de su Ley Concursal que el deudor está obligado a solicitar el concurso dentro de los treinta días siguientes a aquel en el que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, o la LC de España que en su artículo 5 impone el deber al deudor dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

CONCLUSIÓN PRINCIPAL:

20. El concurso de acreedores que se regula en la actualidad en la legislación procesal civil en Guatemala como ejecuciones colectivas, es inoperante debido a la dispersión de normas y la falta de un cuerpo normativo específico y especializado, y por no aplicarse en la realidad ni aportar la posibilidad de una liquidación ordenada o un posible reflotamiento empresarial. Se hace necesario implementar una reforma concursal que sirva como una herramienta útil y práctica y que en su contenido cuente con suficiente sustantividad y la regulación de procesos ágiles, flexibles y adaptados a la realidad nacional e internacional para así crear una certeza jurídica en la aplicación del proceso y seguridad para los partícipes de las relaciones comerciales y en beneficio de mejorar la economía nacional.

En consecuencia se debe crear una cultura concursal, tomando en cuenta medidas generalmente aceptadas y aplicadas en la practica por varios países que han sido referentes en la materia como Argentina, Uruguay, Brasil, Estados Unidos, Mexico, Italia, Francia, Alemania, y en especial la España por ser motivo de estudio en este trabajo, tales como el considerar al Derecho Concursal como un derecho autónomo, separándolo de las demás ramas del derecho para crearle sus propios principios inspiradores así como sus propias instituciones.

La unificación en un solo texto normativo de normas sustantivas y procesales en la materia. Para su efectividad práctica y que sea atractivo se debe procurar desligar en la medida de lo posible al derecho penal del derecho concursal y reducirlo a hechos notoriamente delictivos, haciendo predominar el interés de la satisfacción de los acreedores.

En relación a los principios fundamentales en los que podría basarse el nuevo Derecho Concursal Guatemalteco se sugiere que sean: La satisfacción ordenada de los acreedores como finalidad principal, la conservación o reflotamiento de empresas viables, cambiando la finalidad liquidativa de los procesos actuales, la conservación de los puestos de trabajo en la empresa en la medida de lo posible, y en todo caso, dotar dichos créditos de privilegios contra la masa activa, privilegio a los intereses públicos es decir permitir como primeros acreedores según el caso concreto a la Seguridad Social y la Superintendencia de Administración Tributaria, unidad del procedimiento, para

dotar de sencillez el proceso concursal, participación activa de los acreedores, la agilización y modernización del proceso, mediante la reducción de plazos y simplificar la estructura orgánica del procedimiento, adaptar a los sistemas telemáticos o electrónicos de uso común, por último y muy importante, promover los acuerdos judiciales o extrajudiciales, para promover los beneficios de someterse a los procesos concursales en casos de crisis empresariales.

BIBLIOGRAFIA:

1. ALCALA ZAMORA, N., "*Un español mal comprendido. Salgado Somoza en la literatura alemana sobre el concurso de acreedores*", Madrid. 1.932.
2. ALCALDE, R., "*El cas Barcelona Traction. Política i capital en el final de la Canadenca*", tesis doctoral inédita, Universitat de Barcelona, 2.004.
3. ALEMAN MONTERREAL A., "*La Insolvencia, una cuestión Jurídica*", Ed. Andavira. 1ª. Edición, Santiago de Compostela, 2.010.
4. ALONSO ESPINOSA, J., "*La declaración de concurso en la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal (estudio preliminar)*". En: Estudios de derecho concursal Homenaje a Manuel Olivencia. Ed. Marcial Pons, Madrid. 2.005.
5. AGUIRRE GODOY, M., "*Derecho Procesal Civil de Guatemala*", Tomo II, Volumen 1º. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 2.000.
6. ALCOVER GARAU,G., "*Aproximación al Régimen Jurídico de los concursos sin masa*". En: *Anuario de Derecho Concursal*. No. 28, enero-abril 2013. Ed. Aranzadi SA, Pamplona, 2.013.
7. AMATUCCI, A., "*Temporanea difficoltà e insolvenza*", Nápoles, 1.979.
8. APODACA, F., "*Los presupuestos de la quiebra*", México. 1.945.

9. ARGENTI, J., *“Corporate collapse: The causes and symptoms”*, Ed. McGraw-Hill, London, 1.976.
10. ARIAS VARONA, F., *“Derecho concursal”*, VVAA., Ed. Dykinson, Madrid, 2.012.
11. ARIZA, M.J./ GALÁN GONZÁLEZ, C. (Coord.) *“Reflexiones para la reforma concursal”*, Madrid (Reus), 2.010.
12. ARROYO GONZALEZ, M., *“Cuestiones prácticas de la nueva Ley Concursal”*. Ed. Tecnos, Madrid. 2.004.
13. ARROYO MARTINEZ, I./MORRAL SOLDEVILA, R. *“Teoría y práctica del derecho concursal, exámen de la Ley 38/2011”*, Ed. Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2.012.
14. ASCARELLI, T., *“Derecho Mercantil”*, Traducción de Felipe de J. Tena, notas al Derecho Mexicano por Joaquín Rodríguez Rodríguez, Ed. Porrúa Hnos. y Cía. México, D.F. 1.940.
15. AVILA DE LA TORRE, A., *“La extinción de las garantías de las personas especialmente relacionadas con el concursado”*. En. *Anuario de Derecho Concursal*. No. 7. Ed. Aranzadi, SA., Pamplona, 2.005.
16. AZNAR GINER, E., *“Los acuerdos de refinanciación y la Ley Concursal”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.011.

17. AZOFRA VEGAS, F., “*El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación*”,
Revista *El Notario del Siglo XXI*, 29 de mayo, Madrid, 2.009.
18. BAENA, P., “*El concurso consecutivo*”, En: *Anuario de derecho Concursal*,
número 33. Editorial ARANZADI, S.A., Pamplona. 2.014.
19. BANCO MUNDIAL. (2010), “*Desarrollo de Pymes en Guatemala Facilitando
el Florecimiento de 10,000 Empresas (Informe No 54242-GT)*”. Guatemala.
- (2.011) “*Creditor rights and insolvency standard*”. Versión revisada.
Washington.
- (2.011) “*Principios para regímenes efectivos de Acreedores/Deudores e
Insolvencia*”, Washington.
20. BARRES BENLLOCH, P., “*Notas acerca del proyecto de guía legislativa de
la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
sobre el régimen de la insolvencia*”. En: Estudios sobre la Ley Concursal.
Libro homenaje a Manuel Olivencia. Ed. Marcial-Pons, Madrid. 2.004.
21. BELTRÁN, E., (1.996) “*Una nueva propuesta de Ley Concursal*”, Actualidad
Jurídica, Ed. Aranzadi, Nº. 237.
- (1997) “*El convenio en la propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal
del Profesor Ángel Rojo*”. En: La reforma del Derecho Concursal,

monográfico, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio.

22. BELTRAN/CAMPUZANO, *“Materiales de la Reforma Concursal 2009-2011”*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.012.

23. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., (2.004), *“Comentarios a la Ley Concursal”*, Vol. I, Madrid.

- (2.005) *“El presupuesto subjetivo del concurso. En particular, el problema del sobreendeudamiento de los consumidores”*, En: QUINTANA CARLO, I., *Et al.* Las claves de la ley concursal. Ed. Aranzadi, SA, Navarra, España.

24. BISBAL MENDEZ, J., *“La empresa en crisis y el derecho de quiebras”*, Bolonia, 1.986.

25. BLANCO-MORALES LIMONES, P., *“Medidas de lucha contra la Morosidad”*, A.A.V.V., Ed. La Ley, Madrid, 2.011.

26. BONFATTI Y CENSONI, *“Manuale de Diritto Fallimentare (Manual de Derecho Concursal)”*, Ed. CEDAM, Padua, Italia, 2.004.

27. BONILLA, M., *“Estudio y análisis de la legislación guatemalteca en los procesos de ejecución colectiva, concurso voluntario de acreedores, concurso necesario de acreedores y quiebra y el Proceso de disolución y*

consecuente liquidación de Sociedades Mercantiles”, preparado para Banco Interamericano de Desarrollo y Fundación para el Desarrollo de Guatemala. Guatemala, 2.010.

28. BROSETA PONT, M., *“Manual de Derecho Mercantil”*, 9ª edición, Madrid 1.991.

29. BUIL ALDANA, I., *“La financiación de empresas en situación concursal: una visión española basada en el Debtor-in-Possession Financing del sistema norteamericano de insolvencias”*, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 14/2011.

30. CALVO CARAVACA, A., *“Derecho concursal internacional”*, A.A.V.V. Ed. Constitución y Leyes, S.A., Madrid. 2.004.

31. CAMPUZANO LAGUILLO, A., *“Legislación concursal”*, 8ª edición, Ed. Aranzadi, Madrid, 2.011.

32. CANDELARIO MACIAS, M., *“Lecciones de Derecho Concursal”*, Ed. Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2.012.

33. CAÑABATE POZO, R., *“Compensación de créditos y entidades financieras en el concurso de acreedores”*, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, No. 8, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2.008.

34. CERDÁ ALBERO / SANCHEZ GARGALLO, *“Curso de Derecho concursal”*, Madrid, 2.000.

35. CNUDMI, *“Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia”*, New York 2.006.
36. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *“Art. 257”*, en AA.VV: Código Penal Comentado. (Dir. CONDE PUNPIDO FERREIRO, C. Tomo I, Barcelona, 2.004.
37. CORDONES RAMÍREZ, M., *“Apuntes históricos sobre la evolución del sistema de quiebra de los comerciantes”*. En: OLIVENCIA, M., *Et al.* Estudios sobre la ley concursal. Ed. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A., Tomo I, Madrid, 2.004.
38. CORTEZ DOMINGUEZ V., *“Aspectos de la Nueva Ley Concursal- concursos, créditos, administradores, jueces-“*, A.A.V.V. Ed. Reus, S.A., Zaragoza, 2.004.
39. CRIMIZI, E.; KLAPPER, L., UTTAMCHANDANI, M., *“Papel de trabajo de investigación de políticas 5448 (WPS5448), The Challenges of Bankruptcy Reform”*, Banco Mundial, Grupo de Investigación de Desarrollo, Equipo de Desarrollo del Sector Privado y Financiero. Washington, 2.010.
40. DE PINA, R., CASTILLO LARRAÑAGA, J., *“Instituciones de Derecho Procesal Civil”*, 5ª. Ed. Ossorio, México, 1.996.

41. DEPARTAMENTO LEGAL, FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *“Orderly & Effective Insolvency Procedures. Key Issues”*. Washington 1.999.
42. DEVIS ECHANDIA, y MORALES MOLINA, *“Trabajo presentado el II Congreso colombiano de Derecho Procesal”*, Temas de Derecho Procesal.
43. DUQUE DOMINGUEZ, *“Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma”*, Anuario de Derecho Civil, 1.980.
44. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., *“La judicialización de los convenios extrajudiciales: La propuesta anticipada de convenio”*, Ed. La Ley, Madrid, 2.007.
45. ESTASEN, P., *“Suspensión de pagos y quiebras”*, Madrid, 1.899.
46. FERNANDEZ CARRION, C., *“El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas”*, Ed. Aranzadi, SA., Pamplona, Navarra, 2.008.
47. FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, L., *“Los presupuestos de la Declaración de concurso”*. En: SANCHEZ ALVAREZ, M. *Et al.* Comentarios a la Ley Concursal. Ed. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, España. 2.004.

48. FERNANDEZ DEL POZO, L., "*Sobre preconcursalidad y la Prevención de la Insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal*". En: ROJO (Dir.). *La Reforma de la Legislación Concursal*, Madrid, 2.003.
49. FERRANDO VILLALBA, M., "*Derecho Concursal*", Ed. Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2.010.
50. GADEA SOLER, E., (2.005), "*Iniciación al estudio del derecho concursal*", Ed. Dykinson, Madrid.
- (2.010) "*La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura*", VVAA, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* Nº.11, Ed. La Ley, Las Rosas, Madrid.
51. GALLEGO SANCHEZ, E., "*Ley Concursal*", Ed. La Ley, Madrid, 2.005.
52. GARCÍA-CRUCES, J., "*Los acuerdos de refinanciación y de reestructuración de la empresa en crisis*", Ed. Bosh, S.A., Barcelona, 2.013.
53. GARCIA-PERROTE ESCARTIN Y GUILARTE GUTIÉRREZ, "*Comentarios a la Legislación Concursal*", 4 vols., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2.004.
54. GARCIA VILLAVERDE, R. "*El anteproyecto de Ley Concursal español: Las bases de una reforma esperada*", en *Actualidad Jurídica*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2.001.

55. GARCIA VILLAVERDE, ALONZO UREBA Y PULGAR EZQUERRA (Dir.),
“Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001”. AAVV, Ed.
Dilex, Madrid. 2.001.
56. GARCIA VILLAVERDE, R., *“Instituciones concursales y paraconcursoales”*,
El ámbito de una reforma, en AA.VV., Estudios sobre el Anteproyecto de
Ley Concursal, RFDUC núm. Monográfico 8, 1.985.

-(1.995), *“Convenio de la quiebra”*, Enciclopedia jurídica básica. Ed. Civitas.
Madrid.
57. GARNICA, J., *“La “Vis atractiva”, del Juez del concurso tras la reforma
introducida por la Ley 38/2011”*. En: *Anuario de Derecho Concursal*, No. 26.
Mayo-Agosto 2012. Ed. Aranzadi, SA., Navarra, 2.012.
58. GARRIDO, J., *“La Reforma del Derecho Concursal español. Reflexiones en
torno a la propuesta del profesor Ángel Rojo”*, en RDBB, N°. 64, Madrid.
1.997.
59. GARRIGUES (1.940), *“Derecho de las quiebras y suspensión de pagos”*, en
RDP, Madrid.

-(1.953), *“Dictamen sobre la quiebra de la Barcelona traction”*,
Barcelona;

-(1.983), *“Curso de Derecho Mercantil”*, T. II, edición revisada por
Sánchez Calero, Madrid.

60. GARRIGUEZ, J., "*Curso de derecho mercantil*", Imprenta Aguirre, Madrid, 1.969.
- (1.974) "*Curso de Derecho mercantil*", Tomo II, Imprenta Aguirre, Madrid.
61. GIRON TENA, J., "*Los institutos concursales en el Anteproyecto de Ley Concursal: Sus funciones y relaciones*", RFDUC núm. Monográfico 8, Madrid, 1.985.
62. GONZÁLEZ LECUONA, M., "*Comentarios al artículo 2*". En: CORDÓN (Dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*. Ed. Thomson-aranzadi, Pamplona, 2.004.
63. GONZALEZ PASCUAL, J., "*El Concurso de Acreedores. Una nueva solución para empresas insolventes*". Ed. Centro de Estudios Financieros. Madrid. 2.003.
64. GONZALEZ VASQUES, J.C. en ALOSO LEDESMA (Dir), *Diccionario de Derecho de Sociedades*. Ed. Iustel. Madrid, 2.006.
65. GUTIÉRREZ GILSANZ, A., "*Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición, nulidad y declaración de incumplimiento*", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N°.7, Ed. La Ley. Las Rosas, Madrid, 2.008.
66. HERNANDEZ ARRANZ, M., "*La nueva fase preconcursal*", *Diario LA LEY*, num. 2727, 29 de octubre de 2.009.

67. HERNÁNDEZ MARTÍ, J., "*Presupuesto objetivo del concurso y fundamento de la solicitud*", Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2.009.
68. HERNANDEZ RODRIGUEZ, M., "*Solicitud de concurso. La solicitud anticipada*", en AA.VV. Tratado Judicial de la insolvencia, Tomo I, dir. Prendes Carril/Muñoz Paredes, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2.012.
69. HERRERA CUEVAS, E., "*Manual de Derecho Concursal*", Ed. La Ley, Madrid, 2.009.
70. HUBIN, J., "*La Ley sobre continuidad de las empresas*", traducción de Pilar Montero García-Noblejas, en RcP núm. 15/2011.
71. JIMENEZ SANCHEZ, G., "*Las aportaciones de Don Joaquín Garrigues, Jurista y Universitario ejemplar*", Madrid, 1.996.
72. JIMENEZ SAVURIDO Y GONZALEZ ARMENGOL (Dirs). "*La nueva regulación concursal*", Colex-Instituto de Empresa, Madrid. 2.004.
73. JOHNSON, GORDON W., "*Revitalización de los ambientes de negocios: Un nuevo examen de las bases de confianza*", Publicación Banco Mundial, Rio de Janeiro, Brasil. 2.004.
74. LEÓN SANZ, F., "*La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales*". *El Notario del siglo XXI, Revista del Colegio Notarial de Madrid*. Julio-agosto 2014, No. 56.

75. LO CASCIO, G., (Diretto da) "*Codice comentato del fallimento, disciplina comunitaria e transfrontalier disciplina tributaria*", I Edizione, Ed. Ipsoa Grupo Wolters Kluwer. Italia.
76. LUZATTO, G., "*Storia Económica d'Italia*", Firenze. 1.967.
77. MAFFEI, A. (1981) "*Comentario alla Legge Fallimentare*", Milán. (Dir.) (2.002), "*Ditrito Fallimentare*", Bologna.
78. MAGRO SERVET, V., (Coord.), "*Guia práctica de aplicación de la Ley concursal. 1338 preguntas y respuestas que resuelven los problemas que plantea la nueva Ley*". AAVV, Ed. La ley. Madrid. 2.004.
79. MARCOS MARTINEZ, M., "*Comentarios y Formularios a la Ley 22/2003 de 9 de julio concursal*", Vol. I., Barcelona, 2.003.
80. MARTIN MOLINA, P., "*La Reforma de la Ley Concursal analizada por Especialistas*", *et al.*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2.012.
81. MARTIN MUÑOZ Y GISBERT POMATA, "*La reforma de la legislación concursal, Estudio Sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003 de 9 de julio*", Ed. Dykinson, Madrid. 2.004.
82. MARTINEZ FLORES, A., "*Las interdicciones legales del Quebrado*", Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1.993.

83. MARTÍNEZ ROSADO, J., *“Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61 a 63 de la ley 22/2003, de 9 de Julio, concursal)”*, VVAA, En: Estudios sobre la ley concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Ed. Marcial Pons, 2.004.
84. MENENDEZ, A., *“Sobre la moderna Escuela Española de Derecho Mercantil”*, Ed. Civitas, Madrid, 1.993.
85. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *“Hacia un nuevo Derecho Concursal: La anticipación de la apertura del procedimiento”*, en Estudios al profesor Diez Picazo, Dir. Cabanillas Sanchez. Ed. Civitas, vol 4. Madrid, 2.002.
86. MERCADAL VIDAL, F., *“Comentarios a la Ley Concursal”*. En: SAGRERA TIZÓN, José María, *Et al.* Comentarios a la Ley Concursal. Barcelona, Editorial Bosh, SA, España, 2.004.
87. MOYA BALLESTER, J. *“De la conclusión del concurso sin. Masa de las sociedades de capital”*, En: *Anuario de derecho concursal*, número 29 mayo- agosto 2013. Ed. Aranzadi, Navarra, Pamplona, 2.013.
88. MUÑOZ, L., *“El Concurso abreviado”*. En: Anuario de Derecho Concursal No. 9. Ed. Aranzadi, SA. Navarra. 2.006.
89. MUÑOZ PAREDES, J., e IRIBARREN BLANCO, M., FIRMA J&A, GARRIGUES S.L. Y LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO, *“Informe sobre el nuevo derecho de los concursos y quiebras en Guatemala”*, Emitido a

solicitud del Banco Interamericano de Desarrollo y Fundación para el desarrollo de Guatemala (FUNDESA), Guatemala, 2.011.

90. MUÑOZ PAREDES, A., *“Protocolo Concursal”*, Ed. Aranzadi, SA. Navarra. 2.013.

91. NIETO DELGADO, C., (2012) *“DERECHO DE PREINSOLVENCIA”*, TRATADO JUDICIAL DE LA INSOLVENCIA TOMO I, Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, dir. Pedro Prendes Carril y Alfonso Muñoz Paredes. Pamplona.

-(2012). *“Derecho Concursal”*, AA.VV. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia.

92. OLABARRI CORTÁZAR Y PELAÉZ, *“Tratamiento jurídico de la insolvencia y sus efectos en el Derecho concursal a partir del periodo histórico moderno. Soluciones diferenciadas y nuevas conclusiones, con especial referencia el C. de c. de 1829”*, en R.G.L.J., 1982, núm. LXXXV.

93. OLIVENCIA RUIZ, M., (1985) *“Estudios sobre el anteproyecto de ley concursal”*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid.

- (1.986) *“La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio”*, en Centenario del Código de Comercio, Madrid.

- (1.998) *“Prologo a Ramírez, J., la quiebra”*, Barcelona.

- (2.004). *“Estudios sobre la ley concursal”*, Ed. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A., Tomo I, Madrid.
- (2.004) *“Reforma concursal española y doctrina española”*, RCP, N°. 1, Madrid, 2004.
- (2.006) *“Reforma concursal española y doctrina jurídica: Orto: Los clásicos españoles del XVII”*, En: *Revista española de derecho concursal y paraconcursal*. N°. 9 (mar-2006); p. 20. ISSN. Madrid.

94. OSORIO M., *“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”*.

Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales Dr. Manuel Osorio, Ed. Heliasta SRL., Buenos Aires Argentina, 1.987.

95. OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, R., *“La responsabilidad de los socios*

por la Infracapitalización de su sociedad”, Ed. Cizur Menor, Aranzadi, Madrid, 2.011.

96. PALLARES, E., *“Diccionario de Derecho Procesal Civil”*, México, 1.976.

97. POTTOW, *“Un primer estudio de los cambios de la Ley Concursal*

Estadounidense de 2005”, Traducción del inglés por Elena Rodríguez Pineau, en RCP, No. 3, 2.005.

98. PRENDES CARRIL, P., (2.005) "*Guía práctica concursal*", V.V.A.A., Ed. Aranzadi, S.A., Navarra.

-(2.012) "*Tratado Judicial de la Insolvencia*", V.V.A.A., Ed. Aranzadi, S.A., Navarra.

99. PULGAR EZQUERRA, J., (1999), "*El presupuesto objetivo de la quiebra en derecho español*". Almería: Servicio de publicaciones de la universidad de Almería.

-(2.003) "*La aprobación de la Reforma concursal en el Pleno del Congreso, ¿Cambio de sentido de la reforma?*", AJA, nº. 5788, de 22 de mayo.

-(2.003), "*El presupuesto objetivo del concurso de acreedores*", en AA.VV., Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y 8/2003, para la reforma concursal. Dir. García Villaverde, Alonso Ureba y Pulgar Ezquerra. Ed. Dilex, Madrid.

-(2.004) "*La prevención de las crisis económicas de las sociedades de capital en la reforma del Derecho Concursal Español*", en AA.VV., *El concurso de Sociedades en el Derecho Europeo*, Monografía Asociada a la RCP 1-2004.

- (2.004) *“Algunas consideraciones en torno a la entrada en vigor de la nueva legislación concursal (Ley 22/2003 y LORC 8/2003, de 9 de julio)”*, Diario La Ley nº. 6094, de 27 de septiembre.
- (2.005) *“La declaración del concurso de acreedores”*, Ed. La Ley, Madrid.
- (2.012) *“Preconcurso y Acuerdos de Refinanciación, Adaptado a la Ley 387/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal”*, Ed. La Ley, Madrid.
100. PULGAR EZQUERRA, J, *et al*, *“El Concurso de Acreedores, adaptado a la Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley Concursal”*, Ed. La Ley, 1ª. Edición. Madrid, 2.012.
101. PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA, Y ALCOVER GARAU (Dir.) *“Comentarios a la Legislación Concursal”*, vol. II, Ed. Dykinson-Colegio de Registradores, Madrid, 2.004.
102. QUIJANO GONZALEZ, J. *“La Reforma Concursal, III Congreso Español de Derecho de la Insolvencia”*, Beltrán Emilio, García Cruces, Jose Antonio, Prendes, Pedro, Directores. Primera Edición, Ed. Aranzadi, S.A., Pamplona, 2.011.
103. QUINTANA CARLO, I., *“Las claves de la Ley Concursal”*, Ed. Aranzadi, Navarra. 2.005.

104. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *“Derecho penal III, infracciones sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales”*, Madrid, 1.978.
105. RAMIREZ, J., *“Derecho concursal español. La quiebra”*, 2ª. Edición. Barcelona, 1.959.
106. RICH OLIVA, M., *“Esquemas procesales del concurso. Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal”*. Ed. Bosch, Barcelona, 2.004.
107. RODRIGUEZ DEVESA, J./SERRANO GÓMEZ, A., *“Derecho Penal español, parte especial”*, Ed. Dykinson, Madrid.
108. ROJO, Á., (2.003), *“La Reforma de la Legislación Concursal Jornadas sobre la Reforma de la Legislación Concursal”*, Madrid 6 al 10 de mayo de 2002. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España”, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.
- (2.003) *“La reforma del Derecho concursal español, en la reforma de la Legislación concursal”*, Madrid.
 - (2.004) *“Comentario de la ley concursal”*, VVAA, Ed. Thompson Civitas, Valladolid, España.
 - (2.004) *“Artículo 2. Presupuesto objetivo”* en AAVV. Comentarios a la Ley Concursal, (Dir. Rojo Ángel y Beltrán, Emilio, T.I, Madrid.

109. ROWAT, M., *“Reforming Insolvency Systems in Latin America”* (Note No. 187). Sector Privado de Finanzas e Infraestructura de Redes. Grupo Banco Mundial. Washington, 1.999.
110. SACRISTÁN BERGIA, F., (2.014) *“La extinción de la sociedad como consecuencia de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa”*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal N°.21, Ed. Wolters Kluwer, Madrid.
- (2.010) *“La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura”*, VVAA, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal N°.11, Ed. La Ley, Las Rosas, Madrid.
111. NAVARRO LÉRIDA, M., *“La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura”*, VVAA, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Ed. La Ley, Las Rosas Madrid, 2.010.
112. SAINT-ALARY-HOUIN, CORINNE, *“Droit des entreprises en difficulté”*, Éditions Montchrestien, Lextenso edition, Paris, 2.011.
113. SÁNCHEZ-CALERO, J. *“Comentarios a la Legislación Concursal”*, VVAA, Ed. Lex Nova, S.A. Valladolid, España, 2.004.
- (2.014) *“El acuerdo extrajudicial de pagos”*. Ángel Rojo, et.al. *Anuario de Derecho Concursal*. Ed. Civitas Thomson Reuters: Mayo-agosto 2014. Núm. 32.

114. SANCHEZ CALERO GUILARTE, J., "*De los presupuestos del concurso*",
En: SANCHEZ CALERO, Juan; GUILARTE GUTIERREZ, Vicente. *Et al.*
Comentarios a la legislación concursal. Valladolid, Ed. LEX NOVA,
Valladolid, España, 2.004.
115. SANCHEZ CALERO, F, y SANCHEZ-CALERO GUILLERTE, J.
"*Instituciones de derecho mercantil*", 26^a. Ed. Tomo II, Madrid, 2.004.
116. SANZ DE MADRID, C., "*Derecho Concursal*", Ed. Thomson Civitas, 1^a
edición, Madrid, 2.005.
117. SATTA, S., "*Diritto Fallimentare*", Ed. Casa Editrice Dott. Antonio Milani.
3a edición. Padova. Italia. 1.996.
118. SCHLEGEL, S. "Die Eigenverwaltung in der insolvenz" Ed. Berlin Verlag,
Arno Spitz GmbH, 9^a. edición, Berlin. 1.999.
119. SEMPERE, J., "*Historia del derecho español*", Barcelona, 1.847.
120. SEQUEIRA MARTÍN, A., "*La publicidad en el proceso concursal*", VVAA.
En: Estudios sobre la ley concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia.
Ed. Marcial Pons, Madrid, 2.004,
121. SUAREZ BLAVIA, A., "*El concurso de acreedores*", Ed. Cedecs, S.L.,
Barcelona, 2.004.
122. SUAREZ-LLANOS GÓMEZ, L., "*El presupuesto objetivo del concurso: el
estado de insolvencia*". En AA.VV, Las claves de la Ley Concursal (José

- Antonio García–Cruces González (Dir.), Ignacio Quintana Carlo (Dir.), Ángel Bonet Navarro (Dir.). Ed. Aranzadi. Zaragoza, 2.005.
123. SUREDA, J., "*El caso de la Barcelona Traction*", Ed. Grafesa, Barcelona. 1.959.
124. TALLON, A., "*Les pratiques du commerce*", en *La procedure*, dir. De Caluwe, Larcier, Francia, 2.008.
125. TEJERIZO, J., "*El privilegio general del crédito tributario en caso de concurso de acreedores*". En: *Anuario de Derecho Concursal*, No. 5., Beltran Emilio, Director. Ed. Aranzadi. S.A., Navarra, 2.005.
126. TRIAS DE BES, X., "*Salgado de Somoza, un precursor de la moderna doctrina del derecho concursal*", *Et al.* Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez. Ed. Cívitas. Tomo III. Madrid. 1.996.
127. TRUJILLO DIEZ, I., (2.003) "*Estudio jurídico en el marco de la colaboración entre la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el Centro de Estudios del Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha*".
- (2.003) "*El sobreendeudamiento de los consumidores*". Comares. Granada
128. URÍA, R., (1.953), "*Dictamen sobre la quiebra de Barcelona Traction*", Barcelona;

- (1.982), *“En torno a la reforma de nuestro Derecho Concursal”*, en la Reforma del Derecho de quiebra, Madrid.
129. VACAS MEDINA, L., *“La Reforma del Derecho Concursal español”*. En: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal”. Madrid. 2.001.
130. VALENCIA, F., *“La tipología de los acuerdos de refinanciación”*. En: *Anuario de derecho concursal*, núm. 33, septiembre-diciembre de 2014. Ed. Aranzadi, S.A., Pamplona, 2.014.
131. VAN HEMMEN ALMAZOR, E., *“La economía de la reforma y los costes del sistema concursal”*, Revista Jurídica de Catalunya, Nº. 4, 2.003.
132. VAQUER, F., *“El convenio como medio para la continuación de la actividad empresarial”*, En: *Anuario de Derecho Concursal*, No. 24, Septiembre-Diciembre 2011. Dir. Eilio Beltran, Ed. Aranzadi, S.A., 2.011.
133. VAZQUEZ CUETO, J., *“El presupuesto formal del concurso. El procedimiento de declaración de concurso”*, En: Derecho mercantil, vol. 10, (Derecho Concursal), Coord. Jiménez Sánchez/Díaz Moreno, 15ª. Ed., Madrid-Barcelona- Buenos Aires- Sao Paulo, 2.014.
134. VÉLAZ NEGUERUELA, J., *“El concurso de acreedores y la insolvencia”*, Ed. Bosch, S.A., Barcelona, 2.009.
135. VILATA MENADAS, S., *“Elementos de derecho concursal”*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.011.

136. VITILLO, D./EMBID IRUJO, J/ LEON SANZ, F./RODRIGUEZ SANCHEZ, S. (Ed.) *"Derecho de Sociedades y concurso: cuestiones de actualidad en un entorno de crisis"*, Granada (Comares), 2.011.
137. WINDSOR, J., *"Una visión panorámica de los Schemes of arrangement"*, ingles, traducción de Francisco Javier Arias Varona, RcP 15/2011.
138. WONG PINEDA, A. *"La quiebra, su regulación y las figuras delictivas que con ella se relacionan"*. Dir.: Gonzalo Menéndez de la Riva. Tesis para obtención de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 1.982.
139. YAÑEZ VELASCO, R., *"De las normas procesales generales y del sistema de recursos"*, En: Usón (Coord.) *La Nueva Ley concursal. Comentarios y formularios a la Ley 22/2003, de 9 de julio concursal*, Difusión Jurídica, Barcelona, 2.003.
140. ZABALETA DIAZ, M., *"El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal"*, Ed. Civitas, Madrid, 2.006.
141. ZENNER, A., *"La nouvelle loi sur la continuité des entreprises"*, *Prevention et réorganisation judiciaire des entreprises en difficulté*, Anthémis, Francia, 2.009.

Fuentes Electrónicas:

- a. <http://espanol.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB15-Full-Report.pdf>. Consultado el 26/06/2015.
- b. <http://www.oj.gob.gt/es/LeyesImportantes/CódigoProcesalGeneralActualizado.htm>. Consultado el 23/05/2013.
- c. http://www.prensalibre.com.gt/economia/Presentan-proyecto-ley-guiebras_0_868713128.html. Consultada el 21/05/2013.
- d. <http://www.fundesa.org.gt/cms/>. Consultado el 05/05/2013
- e. <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epcpro0115.pdf>. Consultado el 08/06/2015.
- f. <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0115.pdf>. Consultado el 8/06/2015.
- g. <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/07/10/2509f16067f17898af32a70b8958b979.pdf>. Consultado el 9/06/2015.
- h. http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf. Consultado el 9 de junio de 2015.
- i. <http://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2014/03/Recomendaci%C3%B3n-12-4-2014.Fracaso-empresarial.pdf>. Consultado el 9 de junio de 2015.

- j. <http://www.abogacia.es/2014/10/29/comentarios-sobre-el-nuevo-real-decreto-ley-112014-sobre-medidas-urgentes-en-materia-concursal/>. Consultado el 30 de junio de 2014.
- k. <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/4061-un-regimen-de-segunda-oportunidad>. Consultado el 2 de julio de 2015.